

مَشْرَحُ
فَتْحِ الْقَدِيرِ

لِلْعَاجِزِ الْفَقِيرِ

تأليف

أشيع الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

الجزء الثامن

وله

أولاد وأحفاد

شرح فتح القدير
للعايز الفقير

شرح فتح القدير للعلاجيز الفقيه

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الجزء الثامن

(الجزء الثامن)

من شرح الهداية وهو نتائج الافكار
في كشف الرموز والاسرار لمولانا هميس الدين أحمد بن قودر
المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر ومالي وهي تكملة فتح القدير
للمحقق السكال بن الهمام رحمه الله تعالى مع بقية الكفاية
لمولانا جلال الدين الخوارزمي السكراني على الهداية شرح
بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ في
الفرقة على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمه
الله ونفعنا بهم
آمين

وهم امسه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود
البارقي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى الملقب
الشهير بسعدى جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ على شرح
العناية المذكور وعلى الهداية

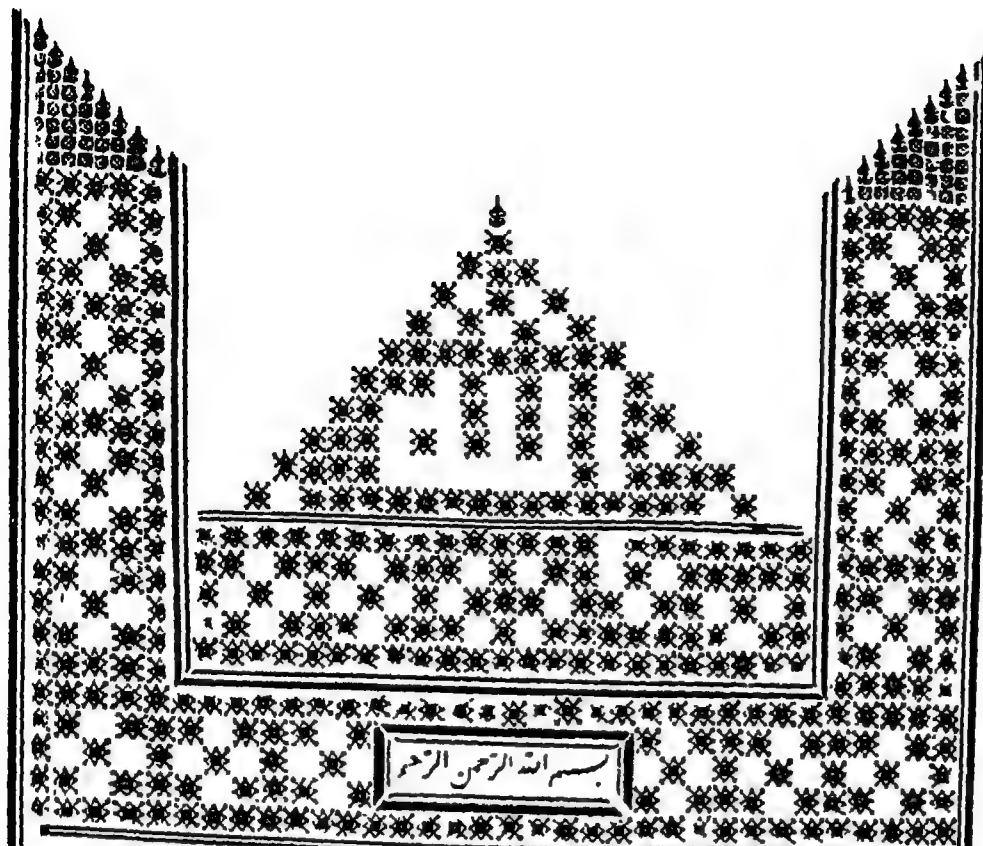
* (تنبيه) * قد جعلنا الهداية ونتائج الافكار التكملة والكفاية في الصلب
الاول في صدر الاصفحة ويليها الثاني مفصلاً بينهما جدول ثم الثالث مفصلاً
بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي الاول في
صدر الهامش ويليها الثاني والتعقيب تابعة للهداية فليعلم

* (قال في كشف الظنون) *

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفاً واقتلها في الشرع من كتب
فاخفظنا قواعدا واسالك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب
(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

هذا الكتاب ينظر فيه على قدر الحاجة في كل وقت
في شهر رمضان المبارك سنة ١٣٤٤ هـ



(كتاب الاجارات)

(كتاب الاجارات)

لماسفرغ من بيان أحكام تملك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تملك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعلم مقدم على الوجود ثم اعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انها مائة عان لازمين فلذلك أو رد كتاب الاجارات متصلة بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جعلها اشارة الى انها حقيقة تمتاز افرادها فان لها نوعين نوع برده على منافع الاعيان كاستجار الدور والاراضي والدواب ونوع برده على العمل كاستجار المحترفين للاعمال نحو القمار والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اشتغال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات أفراد الأشخاص الجزئية كالموت والتباعد من لفظ الافراد لم تحصل فائدة في جمعها الا لا يحصل عند أحد أن يكون حقيقة تافرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعوا الاشارة الى أنها ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حيث ذكر كمالا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الانواع السكاكية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ مجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحل على ما هو المذهب الصحيح جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي بان يرتكبوا ينفي عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندى أن يقال انما جعلها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستجار الدور والسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتحسين والاشارة كاستجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتحسين والاشارة على ما سيأتى تفصيلها عن

(كتاب الاجارات)

(كتاب الاجارات)
لماسفرغ من بيان أحكام
تملك الاعيان بغير عوض
وهو الهبة شرع في بيان أحكام
تملك المنافع بعوض وهو
(كتاب الاجارات)

الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جعلها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان له نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو اقتصارها واختياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل تحمل أنقله الى بلد لم يكن يباعه الا بمشقة النفس وسبها ما مر غير مرة من تعلق البقاء بقدر دور يتعاطىها (٣) وأما شرطها فاعلموا بمدة البدل وأما مكانها فلا يحبب والتعويل بل غفلين

ماضيين من الالتفات
الموضوعة لتعقد الاجارة وأما
حكمها ودليل شرعيتها
فسيذكر ان شاء الله تعالى
قال (الاجارة عقد على المنافع
بعوض الخ) بين المفهوم
الشرعى قبل الغوى لان
الغوى هو الشرعى بلا مخالفة

(قوله وقدم الاولى على
الثانية لان الاعيان مقدمة
على المنافع) أقول والعدم
أيضا مقدم على الوجود وأيضا
تجوز الهبة من الاجارة تجوز
الفرد من المركب حيث
لا يشترط فيها العوض أو
حيث تلزم هي دون الهبة
(قوله ذات افراد) أقول
الظاهر أن يقال ذات أنواع

(قوله نوع يرد على منافع
الاعيان) أقول أى المنافع
التي يستعمل الاعمال قال
المصنف (الاجارة عقد على
المنافع بعوض) أقول ولو
قال بتملك المنافع أو نحوه
لكان أولى لعدم تناوله
النكاح فانه ليس بتملك
وانما هو استباحة المنافع
بعوض كما صرح به الزيلعي
بمخلاف تعريف الكتاب
حيث يشمله الآن يقال

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال بتملك المنافع أو نحوه لكان أولى
العدم تناوله النكاح فانه ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض. كما صرح به الزيلعي بمخلاف تعريف
الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا
بسديد ان لو قال بتملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تملك قطعا لاستباحة محضه والامساك
وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في
عامية الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتملك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح: لملك للعاقدة بدالة جواز
الاعتياض وبدلالة انه اخذ خص به انتفاعا وتجرا وقالوا لا يتعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس
بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه لكثير من ان النكاح ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع
بعوض من انقض لما أجوعا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تملك حتى ان صاحب الكنز نفسه أيضا
صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المتعة قصد او تخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في
الاباحة فان من أباح شيئا فأنما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك
البعض قال بعد ذلك ما لم يروهم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتملك بل هو اباحة تخالف
لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب الملك المتعة وهذا لا يتعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين
كلاميه تباين فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر في سابق
ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره لانه كاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح
ولا يتعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن
الكرخي انه يتعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح
أجرا بقوله تعالى فاتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العين
حتى لا يتعقد الامور بدو الاجارة لا يتعقد الامور وقت تعيينها ما دونه فأتى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان
المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة
بانهم اعقد على المنافع بعوض أو بانهم اتفك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح مامل تحق وقال في غاية البيان
وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله
ه (أقول) وهذا أيضا ليس بسديد اعلى تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما
يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور والسكنى والارض
للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين
والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك
الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف

مباحث الاجارة لغتم ذكره في المغرب وغيره على الاستقصاء (قوله الاجارة عقد يرد على المنافع) احترز به
عن بيع الاعيان (قوله بعوض) احترز به عن العارية

المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليأمل ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتملك بل هو اباحة تخالف لما سبق
في أوائل كتاب النكاح من انه سبب الملك المتعة وهذا لا يتعقد بلفظ الاباحة فندبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم
التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيح لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد والشروع الاصلي وانهم فلاحاجة
الى التقييد

وهو في بيان شرعيته
فالشري أولى بالتقديم ولما
كانت عبارة عن تعليق المنافع
وهي غير موجودة في الحال
لم يقتض القياس جوازها
الا أنهم اجوزت على خلاف
القياس بالانحراف لحاجة
الناس فكان استحضار
بالانحراف ومن الآثار الدالة
على صحتها ما ذكره
في الكتاب وهو قوله صلى
الله عليه وسلم أعطوا الاجير
أجره قبل أن يجف عرقه فان
الامر باعطائه الاجر دليل
على صحة العقود قوله عليه
الصلاة والسلام من استأجر
أجير فليعلم أجره وفيه
زيادة بيان أن معلومية

قال المصنف (لان الاجارة في
اللغة تبين المنافع) أقول فيه
بحث أما ولا فلا نه لا بد من
ضميمة لهذا التعليل حتى
يتم كنه يقال ولم يثبت نقله
في الشرع الى معنى آخر
وأما ثانيا فلا نه مخالف لما
كتب اللغة كالغرب وغيره
أنهم اسم للاجرة (قوله لان
الغوى هو الشرعى بلا
مخالفة) أقول فيه بحث
(قوله فالشرعى أولى
بالتقديم) أقول فيه بحث
قال المصنف (والقياس
يأبى جوازه) أقول ذكر
الضمير الرجوع الى الاجارة
باعتبار أنها عقد قال المصنف
(وقد شهدت بصحتها الآثار
وهو الخ) أقول هو راجع

لان الاجارة في اللغة تبين المنافع والقياس يأبى جوازه لان العقود عليه المنفعة وهي معدومة واطرافه اليك
الى ما سيوجد لا يصح الا أن اجوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه الصلاة والسلام
أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجير فليعلم أجره

لاجارة على الوجه المذكور ويختل قطعا (قوله لان الاجارة في اللغة تبين المنافع) قال الشارح العيني قبل فيه نظر
لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراء الاجير كصريحه قوله قلت قد بينت لك عن قريب بان الاجارة
يجوز أن تكون مصدر فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر ان زبور طاهر الور ودلان المذكور في كتب
اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطري بآلى
حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد
بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارة بقوله
ولا يمنع أن تكون مصدر منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم
للاجرة بمعنى الاجرة من أجره اذا أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر
المزبور اذ قد تقر في علم الادب ان مصدر الثلاثي مما عاى لا قياس فيه فكون الكتابة مصدر من
كتب لا يقتضى كون الاجارة أيضا مصدر من أجوفان الكتابة سمعت مصدر من كتب وأما الاجارة فلم
تسمع مصدر قط والكلام فيما سمع من أهل اللغة لافي الاحتمال العقلي على أنه لو سلم بجى الاجارة في اللغة
مصدر من أجره اذا أعطاه أجره كمجى الاجرة مصدر منه لم يستقيم الكلام أيضا لا تكون الاجارة حينئذ
أيضا في اللغة تبين المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة تبين المنافع فلا
استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعى قبل اللغوى لان اللغوى هو الشرعى بلا
مخالفة وهو في بيان شرعيته فالشرعى أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعى
أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيته والتم لا يقتضى تقديم المفهوم الشرعى على المفهوم اللغوى في
جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعى موافقا للمعنى اللغوى أو مخالفا له مع أن دأب المصنفين عن آخرهم
جرى على تقديم بيان المعنى اللغوى على بيان المعنى الشرعى لكون اللغوى هو الاصل المتقدم فالوجه عندي
ههنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى
الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة تبين المنافع ولا يخفى أن
هذا المسلك يقتضى تقديم مفهوم الشرعى بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل بدرفانه وجه حسن
(قوله الا أن اجوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا
أنها اجوزت على خلاف القياس بالانحراف لحاجة الناس فكان استحضار بالانحراف اه (أقول) في تقريره فصور
اذ المتبادر من قوله الا أنهم اجوزت على خلاف القياس بالانحراف ومن قوله فكان استحضار بالانحراف ان ينحصر دليل
شرعيته في الآثار والالم تكن فائدة في ذكر قيد الآثار في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الآثار بل الكتاب أيضا
دليل عليها كقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام
أريد أن أنكحك احدي بنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى بحجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر
في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الغطن المتأمل (قوله وهو قوله عليه الصلاة والسلام
أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشارح فان الامر باعطائه الاجر دليل على صحته (أقول) لقائل أن
يقول سيأتي في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعى مأمور باعطاءه ممن

(قوله واطرافه اليك الى ما سيوجد لا يصح) لان المعدوم ليس بعمل العقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه
بانه معقود عليه ولانه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لان عقد القيد والمعدوم لا يوصف بانه مملوك ولا
يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تختمل الاضافة كالببيع

الاجر شرط جوازها) وتنعقد

الاجارة ساعة فساعة على

حسب حدوث المنافع

لانها هي العقود على الملك

في البدلين أيضا يقع ساعة

فساعة لان المعاوضة

تقتضي التساوي والملك

في المنفعة يقع ساعة فساعة

على حسب حدوثها فكذا

في بدلها وهو الاجارة فان قيل

اذا كان كذلك وجب أن

يصح رجوع المستأجر في

الساعة الثانية قبل أن

ينعقد العقد فيها واذا

استأجر شهرًا مثلاً ليس له

أن يتمتع بلاعذر بأجابه بقوله

(والدار أقيمت مقام المنفعة

في حق اضافة العقد ليرتبط

الايجاب بالقبول الزاما

للعقد في المقدار المعين) ثم

يظهر عمل العقد أثره في

حق المنفعة) يعني يتراخي

حكم الاطلاق حين وجود

المنفعة (ما كما واستحقاقا)

يعني يثبتان معا) حال وجود

المنفعة) بخلاف بيع العين

الى الاثر والاثر والتذكير

باعتبار الخبر قال المصنف

(وتنعقد ساعة فساعة على

حسب حدوث المنفعة والدار

أقيمت مقام المنفعة الخ)

أقول لا بد أن يتأمل في هذا

المقام فان الانعقاد هو ارتباط

القبول بالايجاب فاذا حصل

الارتباط باقامة الدار مقام

وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط
الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة

قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في الحديث المذكور
باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر
المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطائه الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا في الاجارة المحضة تبصر
(قوله) وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط
الايجاب بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد أن يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا
حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه
(أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد
العقد ساعة فساعة في كلامه مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة
لا ارتباط بالايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم ناخر من زمان انعقاد
العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخي كافي البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا
على وجه آخر فقال المأظان الصادران منهم امضاقين الى محل المنفعة وهو الدار معها كلاما وهو عقد بينهما اذ
العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا
لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانه يجوز أن تنفك عن معلولها ثم الجواز ان يقال العقد
وجدوا أنه عبارة عن كلاميهما ولا انعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العال اعلمية فان
الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كالم صاحب غاية فكأن ذلك المستشكل لم يره هذا
الكلام أولم يقع به وكلامه ما لا ينبغي كمالا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام
المنفعة الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها واذا
استأجر شهرًا مثلاً ليس له أن يتمتع بلاعذر بأجابه بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط
الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين اه كلامه وقد تبعه العيني) (أقول) فيه نظر لانه ان تحقق
انه مقام العقد في ذلك المقدار المعين كما بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط بالايجاب
بالقبول لم يظهر معنى قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ ان تنعقد
في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط أسدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك لان انعقاد
بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كقول الظاهر من كلامهم يرد السؤال
المقدر المزمع بر على قواهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جوابا عن

(قوله) والدار أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها) هذا عندنا ليرتبط بالايجاب بالقبول ثم عمل العقد
يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا أي يثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فعقد الاجارة ينعقد شيئا
فشيئا حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يشر من نخله والطلاق المضاف الى شهر بخلاف
بيع العين فان الملك في العين يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق الى زمان نفاذ الثمن وعند الشافعي
رجحانه يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا ينفقه فيه
اذ الشرع حكم بالانعقاد والازم وهو وصف العقد المنعقد فكما نرى وجود المحل لينعقد العقد وما
ذهبا اليه من اقامة الدار مقام المنفعة أولى لان جعل السبب مقام المسبب أمر شاذ في الشرع أما جعل
المعدوم موجودا بخلاف الاصل اذ العدم مع الوجود متناقضان ولهذا أقيمت المرأة مقام ما هو المقصود
من النكاح في حكم العقد وأقيمت الذمة التي هي محل للمسلم فيه مقام ملك العقود عاياه في حكم جواز

فان الملك في المبيع يثبت في الحال (٦) ويتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن ويجازان ينفصل حكم العقد عنه كافي البيع بشرط الخيار

(ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا وان الجاهل في المعقود عليه وبه تفضي الى المنازعة كجمله الثمن والثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمن في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن البيع وما لا يصلح غنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان

ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فلا يظهر أنه ليس مرادنا المصنف بقوله المذكور والجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل أئمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شرط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محللا للعقد فقلت الدار محللا للعقد بافهام مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصح للعقد حتى يرتبط السككمان وهما الايجاب والقبول أحدهما بالأخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو لان المنافع التي ستوجد اه فتدبر (قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجرة أيضا

السلام * وهذا لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا في نفسه مقدورا للتسليم والشارع ولاية ان يجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم والحياة فيها كالحق في حق الارث والعقود والوصية كما جعل الحى حقيقة كالميت حكما وهو المراد باللاحق بدار الحرب وأقرب من هذا السلم فانه يبيع المعدوم حقيقة لكن الشارع جعل العين المعدوم حقيقة كالوجود حكما في حق جواز السلم وخصه وتفرقها باعتبار ثبوته في الذمة وجعل ذلك الثبوت في الذمة قائما مقام العين القائم حال العقد كذا هنا والله تعالى ان ينصب الاحكام ولا يشرك في حكمه أحد السكتنا نقول جواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة تجعل موجودا حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لاننا عرض لا يتصور به ثبوتها وقتين وما لا يبقاء لها كيف يتصور تسليمه بحكم العقد فلا يكون محللا للعقد المعاوضة بل باعتبار ان عين الدار المنتفع بها أقيم مقام المنفعة في حق صحة الايجاب ايرتبط الايجاب بالقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى قولنا ان عقدا لاجارة في حكم عقود متفرقة بتعدد انعقادها على حسب حدوث المنافع * وهذا لان اقامة السبب مقام السبب أصل في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل الى غير ذلك من النظراء ولا عهد لنا في الشرع ان يجعل المعدوم موجودا مع ان فيه قلب الحقيقة ولم يكن الجواز في السلم بطريق ان المسلم فيه أخذ حكم العين بل اعتبار ان الذمة التي هي محل للمسلم فيه أقيمت مقام المسلم فيه في حق جواز السلم أو باعتبار ان المسلم فيه أعطى له حكم الثمن على انه يقدر الشيء حكما اذا كان يتصور حقيقة والمسلم فيه يتصور وجوده حقيقة فيمكن تقديره حكما والمنافع التي تحدث في المسدة لا يتصور وجودها حجة حقيقة فلا يتصور حكما وكذا الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة * ثم للشافعي رحمه الله مسائل على هذا الأصل * منها ان الاجرة تلك بنفس العقد وتستوفي للحال لانه أعطى للمنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في صحة الاجارة فصير بمنزلة يبيع عين موجودا والبيع المطلق يوجب الاك في الثمن حالا ومنها اذا أجر دلاره شهرين فلم يسلم شهرا وأراد التسليم في الثاني لم يجبر على التسليم كما اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ولم يسلمهما حتى ذلك أحدهما فان المشتري يتخير في قبض الباقي ومنها اذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع وكذلك الموصى له بسكنى الدار اذا مات وورثت عنه السكنى لانها صارت للموصى له ومنها ان المولى اذا أجر عبده سنة ثم اعتقه بنى العقد لان منافعها صارت في حكم المملوك المستأجر والخارجة عن حكم المولى وللعبد فلا نصيره بالعقود وكذا الموصى اذا أجر البيت سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه كالمالك كان باع ماله (قوله ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) وهو قوله عليه السلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا الحديث بعبارة تدل على اشتراط اعلام الاجرة وبدلته على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هو المعقود

(ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فانه كما يدل بعبارة على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالة التمسك على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالبيع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية البيع شرطا كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجاهل في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجمله الثمن والثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمن في البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن البيع وليس كل ما لا يصلح غنا لا يصلح أجرة لان بعض ما لا يصلح غنا

المنفعة يصدق الانعقاد فاي معنى الانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمن في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول قال في المحيط البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمن في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمن في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا بالمنفعة فانما يصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا يصلح

ثنا اه وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

كلاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والشياب مثلاً اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر داراً بثوب معين وان كان لا يصلح ثمناً وفيه نظر فان المقايضة تبسيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر (٧) فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة

اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً (قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع الخ (لا يفتي صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولعائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقد والمقدورات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة مدة معلومة وكأنه ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمي ما يزور فيها فان ما يزور فيها متفاوت فاذ لم يعين أفضى الى النزاع المسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا

فهذا اللفظ لا يفتي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور والسكنى والأراضي للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لتكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عني

كلاعيان) أي كلاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والشياب مثلاً فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر داراً بثوب معين وان كان لا يصلح ثمناً لا تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدرهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالكليات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة تبسيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمناً أصلاً هنا كلامه (أقول) لا انظر شيء ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثير من الشراح يقولون بعد قولهم لان الأجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما ثبت في الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضاً فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمناً بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعاً بلا ثمن بهذا المعنى ألا ترى أن الشارح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة تبسيع السلعة بمثلها أو يسمى مقايضة ويبيعها بالدين أعني الثمن ويبسيع الثمن بالثمن كبسيع النقدين ويسمى الصرف ويبسيع الدين بالعين ويسمى سلماً انتهى حيث جعل الدين مقابلاً للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه أصلاً نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضاً عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى بيم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويطلب كون المقايضة بيعاً بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان فلا بد انظر المزبور عليه جداً وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاله ثم أقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل أن يقول لاشك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً هو ما يجب في الذمة وان تمثاله ما لا يصلح ثمناً بقوله كالأعيان صح على هذا المعنى المراد الا أنه لم يجعل الثمن الواقع في لفظ القدور وهو قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع

عليه في عقد الأجرة والأجرة معتقده وفي العقود الاصل هو المعقود عليه وأما المعقود به فيجوز مجرى التبسيع فلما اشترط اعلام التبسيع كان اشترط اعلام المتبوع أولى فكان اشترط اعلام المنافع ثابتاً بدلالة الحديث فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشترط اعلام المنافع واعلام الأجرة (قوله كالأعيان) نحو العبد والشياب (قوله فهذا اللفظ لا يفتي صلاحية غيره) وهو قوله وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة لان الأجرة عوض مال فكل ما هو مال وصلح عوضاً صلح أجرة أما الثمن فما يجب في الذمة فيختص بما ثبت في الذمة (قوله اذا كانت المنفعة لا تتفاوت) هذا احتراز عن استئجار الأرض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح

(قوله كالحيوان والشياب مثلاً) أقول قال في المحيط البرهاني في الفصل الاول من الاجارات واذا كانت الأجرة عروضاً أو ثياباً يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله اذا كانت الأجرة معينة فاعلامه بالاشارة واذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز الا اذا كانت عيناً اهـ (قوله أو ثياباً) يعني بالثياب ما ليس له مثل كاعلم من تقر بالشارح (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كالأجنبي

الآن في الاوقات لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

جاز أن يكون أجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حصل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صرحنا صرح أجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موفٍ حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أضافان ما يجوز أن يكون ثمنافي المبيع على المعنى العام للعين حاز أن يكون أجرة أيضا كالثمن فأنتم الاصل ثمنافي المبيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تميم الهاتيك المسئلة وما لا يصلح ثمنافي يصلح أجرة أيضا كالايمان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادى في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحدو انه لا يجوز غيره يمين ذلك ان الاعيان لا تكون اثما وان تكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنافي يصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بجعل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت نفا (قوله لانه عوض مالى) أى لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالى فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعدم مخرج المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالى الخ ويمكن أن يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدورات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الاجرة أيضا مشروطة بكونه ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لأن المنفعة قلنا فلما قلنا أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو المبيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذا لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية ببناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنًا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجهه وان كان مراده به اراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذا لا لزوم من الجواب المد كور خلو المبيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فثبت اذا بيع الدار بالدار لا دخوله عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحدود دخوله عن الثمن بالمعنى

العقد فيه يسمى ما تزوع فيه الآن ما تزوع فيها متفاوت على ما يجي بيانه في الكتاب (قوله وهي ما زاد على ثلاث سنين المختار للفتوى) المتولى اذا آخر الموقوف فان كان الواقف شرط أن لا يواجر أكثر من سنين فلا تجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين أما الاجارة أكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشايخ بلخزهم الله لا تجوز وقال بعضهم يرفع الى الخا كم يحيط به وأخذ الفقيه كذا في التهمة والحيلة في أن يجوز أكثر من ثلاث سنين يرفع الى الخا كم حتى يجوز له وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الخصاص الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقدا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة

اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد غرس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاصل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين ففعله بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حلق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة بمعنى والتأييد يبطلها وجوزها آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بوجوب المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان عاقدان لم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فإنه متعة ولم يحصل بمنزلة التأييد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الآن في الاوقاف) يجوز أن يكون استأجر من قوله

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطة أو استأجر دابة يحمل عليها مقعدا أو معلوما أو مركبا مسافعة مماها) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنس المسافة تصارت المنفعة معلومة فيصح العقد ويرى بما يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصور والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الإجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الواحد لا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم) لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة

الثاني دون المعنى الأول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عنهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لأن المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوبه وبين القدر المحمول وجنس المسافة في استئجار رجل دابة للحمل أو الركب على ما أشار المصنف إلى ذلك كله حيث قال لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنس المسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد كما أن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والإشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل إنما تصير معلومة في نفسه بتسمية لا بد منه من الأمور اللازمة للبيان كما أشير إلى بعضها في الأمثلة المذكورة فلم يكن لنسبة ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع إلى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وإنما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكفر والمختار أو يذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتن (قوله) وبما يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل إلى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع أشكال أقدم في صدر الكتاب أن الإجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها إلى العقد على العمل وإلى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره اللهم إلا أن تجعل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الإجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الأعيان لكنه غير مفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى * ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الأسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب السكاكي يتبناه لهماجة هذا الخبر بوجوه أخرى بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لأن إجارة أجير الواحد أيضا عقد على العمل ولكن بشرط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد نوعي الاستئجار على الأعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن إجارة أجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق أجير الواحد الإجارة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كما صرح به قاطبة كما سيأتي في الكتاب ولو كان عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل إنما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من إيجاب منافعها غيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الإجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الأعمال لا يكون بحجة على المصنف ولو مثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة

(قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس العقد (قوله كما في أجير الواحد) وفي بعض النسخ أجير الواحد

أي مدة كانت وإنما لا تجوز في الأوقاف الإجارة إلى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كما لا يدعي المستأجر ملكها هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنتين أو ما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك فإن كانت مدة الوقف تقتضي ذلك برفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها (وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الإجارة كما إذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره أو استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة أو استأجر دابة للعمل أو الركب وبين الجنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة كما ذكر في الكتاب

* (باب الاجرمي يستحق) * لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها أو أداءها بمجرد العقد وليس بواضح لان في وجوب التسليم لا يستلزم في التملك كالمبيع فانه يلزمه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايغاؤه فان قلت فالذا لم يستلزم في وجوب في التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس بمجاز شائع (١٠) لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة

مما يثبت في الذمة وفي وجوب فيه وهو يستلزم في التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله

فيصح العقد
* (باب الاجرمي يستحق) *
قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحده معان ثلاثة إما بشرط التججيل أو بالتججيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

باستيفاء الاداء ونحوها دون أجبر الواحد لغات التثنية على ان اجارة أجبر الواحد من هذا القسم وهو مقصود بلفظ ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

* (باب الاجرمي يستحق) *
قال صاحب النهاية لما ذكرنا صحة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقفي أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة تركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فضلاً عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة ألا يرى ان معلومة البدلين شرط في كثير من العقود ولم يتحقق في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة ابيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجب غيرها أيضاً كالمسألة فان الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كالمسألة وكالمسألة فان الملك هناك أيضاً يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول لا يطور أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أمان نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء بيان ذلك اجالا وتفصيلاً أما اجالا فلان الاجرة لو كانت عبداً فاعتقه المؤجر قبل وجوده أحده معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس

* (باب الاجرمي يستحق) *
(قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوفاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتججيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عمل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايغاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذ لم يشترط التججيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً هكذا ذكر محمد في الجامع وفي حطب التمرى وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد واذا كانت ديناً تملك بنفس

والاصح هو الاول في المغرب أجبر الواحد على الاضافة بخلاف الاجبر المشترك من الواحد بمعنى الوحيد ومعناه أجبر المستأجر الواحد وفي معناه الاجبر الخاص ولو حرك الماء يصبح لانه يقال رجل وحده أي منفرد والله أعلم بالصواب

* (باب الاجرمي يستحق) *
(قوله الاجرة لا تجب بالعقد) المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجالا وتفصيلاً أما اجالا فان الاجرة لو كانت عبداً فاعتقه المؤجر قبل وجوده أحده معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتاً لمع اعتاقه كافي بالمبيع وأما تفصيلاً فانه عقد معاوضة فيعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذلك في جانب العوض فان قيل لولم يكن نفس الوجوب ثابتاً لمع التججيل

العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكذب الوجوب
التحرى وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد ولا وما ذكر في الجامع والتحرى قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فالذا لم يستلزم في وجوب في التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود في التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التججيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لا يوجب ما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيده ان أراد أنه لا يدل بقرينة قمعنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المقتاح وشرحه (قوله وهو يستلزم في التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التججيل يوجد الملك بلا وجوب

الوجوب ثابتا بالصحة اعتاقه كافي البيع وأما تفصيله فلا فائدة معاوضة فاعتبر المساواة ولم توجد في جانب المعقود عليه لأنفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد أي لا يجب تسليمها أو أدائها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخنا وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايقاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التجبيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التجري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وان كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التجري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكره في الجامع والتجري قوله آخر الى هنا لفظ النهاية (أقول) تأيد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايقاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التجبيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أدائها بنفس العقد فمختلف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها أو أدائها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد ذلك لأننا نرى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد صدق البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه وأدائه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يقدم ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها أو أدائها بمجرد العقد وليس واضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمد اذ ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايقاؤه وقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الأعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاسم على الانحصار أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب في ذاته هو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان ذكر الأعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذ لم يتحقق قرينة تخصصة وأما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التجري عيا ورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة اذ خص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كاه قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد الا يمكن محل الخلاف متحد وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون أن يجعله مجازاً عن نفي التملك لم يكن مطابقاً لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما هو رد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازاً عن نفي التملك للعلاقة الاستلزام لم يتحقق الى قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عيناً أو ديناً يملكها وإذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينظم في جميع أنواع الاجرة ولا يخص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع أنه مما يملك قطعاً وقال بعضهم فان في صورة

من المستاجر والابراء من المزاولة انما هو ذلك نظر الى انعقاد السبب قبل النظر الى انعقاد السبب يجب أن يكون الحكم من تبع عليه كافي سائر العقود وانما التراخي للضرورة وبهذا يتقصى أيضاً قول القائل ينبغي أن لا يصح شرط التجبيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله مطالب من جهة العباد لا نافع ولا تسلية بانه ليس بمقتضى العقد فان العقد يقتضيه كفي البيع الا أنه ترك بعرض وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا أسقطه حقه بالتجبيل زال المانع فصح وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد

وقال الشافعي تلك بنفس العقد واللام يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المدومة صارت موجودة ضرورة تصحج العقد ولهذا صححت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بينين وهو حرام لاحتماله واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد ولو جود المقتضى وانتفاء المنافع فيثبت (١٢) الحكم فيما يقابله من البذل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعهما فلا يتعدى من

صححة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولان العقد

ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أى عقد الاجارة معاوضة بخلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة السرائح في جانب المنفعة السرائح في البذل وهو الاجر حقيقة المساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد واللام يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولان أن تقول ارتكاب المجاز في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالى عن الغاى الثلاثة بتسليم العيين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للمؤجر عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوى للفتوى اعلم أن الاجر اذا كانت في الذمة فهى كالثمن في النسيئة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتججيل كانت مؤجلة أو

وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحج العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضية المساواة فمن ضرورة السرائح في جانب المنفعة السرائح في البذل الا سخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر تحقق التسوية

التججيل لوجود الملك بلا وجوب فتأمل (قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحج العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المدومة صارت موجودة ضرورة تصحج العقد ولهذا صححت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان ديناً بينين وهو حرام لاحتماله واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المنافع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المنافع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة ممانع عنه انتهى (أقول) هذا الاراد ساقط لان المنافع المدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد وتولا يبقى لان انتفاء الوجود حقيقة صلاحيية لا يمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة ممانع عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا ولا شارع ولا يجعل المعدوم حقيقة وجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحى حكما في حق الارث والعق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما اشير اليه في عامة المعسرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا ندعو الضرورة اليه لا مكان تصحج العقد بطريق آخر وأضع رأى وسع منه وهو اقامة العيين التي هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انفساد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب بمقام السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البويع مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعهما فلا يتعدى من صححة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما سار أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يترأخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه أن الاجرة تلك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحج مدعاه فلا يتم التقرىب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد وان أراد أنهما من لوازم الوجود ولو حكما غير مسلم انتهى (أقول) ما ذكر في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم

ويجب تسليمه عند تسليم الدار والاداة الى المستأجر لانها عقد معاوضة مطلقه بوجوب ملك البذل بنفسه كعقد البيع وهذا لان المنافع المدومة صارت موجودة حكما في انعقاد العقد اذ من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا مقدورا للتسليم وللشارع ولا ينعقد المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في

منجمل وان شرط فيها التججيل كانت مججلة وان أطلق ذكرها تجملت أيضا وملك جميعها المكبرى بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجمل بشرط التججيل فيتمجمل عند الاطلاق كالثمن ان انتهى (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المنافع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة ممانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التجهيل أو عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقده والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الابرار عن الاجرة والارثان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صح وأجيب بأن صحة الابرار على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الاعتقاد في جانب المنفعة لضرر ورة العدم ولا ضرر ورة في الاجرة فظاهر الاعتقاد في حقه ويصح الابرار لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبته ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به والجواب عن قوله ولولم تجهل موجودة كان ديننا بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديننا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل (١٣) المعلوم موجودا فلم يهدد كذلك

(قوله فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط التجهيل قبل ثبوت الملك في البذل لا يخرب ثبوت المساواة نعم مطلق شرط التجهيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليستأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول يكفي البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الابرار لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المسلم أجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف تصحاله يكفي قول الرجل اغتبر أعنتك عنى بالف درهم فقال أعنتك انتهى وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في وأخر

وكذا اذا شرط التجهيل أو عجل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله
كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والام تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم ألا يكون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة تزم تسليم كونه من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجه في التردد وفي المنع والتسليم ماذ كرهناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التجهيل أو عجل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب فنظرأما أولا فلان حيشية كونه اجارة هي حيشية كونه معاوضة خصوصا فيا يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيشيتين يخالف مقتضى من الحيشية الاخرى فسامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيشية كونه معاوضة حيشية كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيشيتين قلنا يلزم أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يخطر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهم لو صرحا بأنهما لو شرطا التجهيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد وقطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البذل واشترطه الرحم ولا حياة فيها كالخى حكم في حق الارث والعق والوصية وكما جعل الخى حقيقة كاليت حكم وهو المرتد الاحق بدار الحرب وهذا كالمسلم فانه يبيع المعلوم حقيقة ولكن الشرط جعل العين المعلوم حقيقة

الهيئة الآن يراد بالقبول معنى يتم عدم الرد (قوله فظهر الاعتقاد في حقه) أقول ان أراد الاعتقاد في حق الحكم فليس بمنع قد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه يخالف السابق في كتاب الاقارن ان قوله أبرأتني اقرار بالمدعى فليستأمل (قوله ويصح الابرار لوجوده بعد السبب) أقول كالابرار عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكارى دابة مسمومة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز ذك كرشع الاسلام ليس تفسيره أن يؤجر بالابغرينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الجولة وقد قال المسأجر اجاني على ابل الى مكة وأحلنى أو اجل هذه الجولة فيكون المعقود عليه في الذمة يبقى بالجواز للعرف انتهى وسببى من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه الا أنه ذكر في الحواشي الجارية دليل على أن المنفعة لا تكون دينافاه قال ان الدين بماله الذمة وهو لا يلزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزياي وانما جاز الاستتجار بالدين لان العدة لم تنعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينافى ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعندا عقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها انصهرى مقبوضة فلا يكون دينافى ذمته فتامل في جميع ما ذكر

لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فإن من قضية المعاوضة المساواة بشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في العقود عليه تقوت المساواة كالا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في المكافاة وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التعجيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصيح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتها عنها والكفالة بهم صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما حلت وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لأن العقد سبب في جانب الاجرة اذا لا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة عدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لو جوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوبه على فلان وصحة الرهن لان موجبته ثبوت بد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الآن التعليل المذكور لنحو ومحمد رحمه الله الإبراء عن الاجرة ليس بسيدلانه كما تحقق ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الاخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا ينشئ أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس العقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعبرات مع أن كلاما من البدلين معدوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كالا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنع عقدي في حق الحكم باجماع علماءنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمسال المدعى فليتنامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ابراده من البدائع وأنه ساقط أمّا بيان أخذه من البدائع فلا ن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الإبراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الإبراء لا يصح إلا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه ما لا صحة إلا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف فيه كافي قول الرجل لغيره أعنتك عبيدك عنى على ألف درهم فقال أعنتك ولان الإبراء اسقاط واسقاط الحق بمسبب الوجوب جائز كالرفع عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا وجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعنى بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بل خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى به شيئاً آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأمّا بيان أنه ساقط فسلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أنصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أو آخر الفصل الاول من ايجاز المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك الموردي في علونه من حديث المخالفين

كما وجود حكم في حق جواز السلم كذا هنا قلنا هذا عقد معاوضة فيقتضى تقابل البدلين في الملك والتسليم أي يثبت الملك في العوضين معا كالبيع لان من قضية المعاوضة المساواة ثم أحد البدلين وهو المنفعة ثم مملوكة بنفس العقد بل تراخي حكم العقد فيها الى حين وجودها وكذلك الاجرة وهذا لأنه معدوم في نفسه والملك صفة الوجود فلا يتصف المعدوم به واذا لم يملك المتعقد عليه في الحال لزم له البذل لملك بغير عوض وهذا ليس بقضية المعاوضة جواز العقد ليس لما ذكره بل باعتبار إقامة السبب وهو العين مقام السبب وهو المنفعة ضرورة صحيح العقد لا يربط بالإيجاب بالقبول فيستقدر بقدر ما ولا ضرورة في ملك البذل بنفس العقد بل في حق

(قوله وإذا قبض المستاجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقان فعله هذا كان الواجب أم يقول بأحد معاني أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحياناً وبذلك أحسد الأقسام لا يكون قسمياً بذاته فإذا قبض المستاجر بأجرة صحيحة ما استاجر ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه ممانع ولم يستوفها واجب الآخر لأن الواجب على الآخر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الأجرة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لأنه غير متصور فكان تسليم العين قائماً مقام تسليم المنفعة فإذا سلم العين فأرغته عن مناعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الأجرة واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زال التمكن فلا يجب الآخر فان لم يسلم العين أو سلمها مشعولة بمناعه أو سلمها فارغة في غير مدة الأجرة مثل أن يستأجر دابة (١٥) إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب

اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها أرسلها فارغة فيها في غير مكان العقد كن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستاجر ببغداد

(قوله فإذا قبض إلى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد فإنه إذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يسقط الأجرة بخلاف ما إذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد فاما إذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلاً أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد

(وإذا قبض المستاجر الدار فعليه الآخر وان لم يسكنها) لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فالتسليم المحل مقامه إذا التمكن من الانتفاع ثبت به قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقامه سبق في كلب الاقرار فليس بنام أيضاً إلا تخالف بين المقامين أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنفعة عند تقرير الوجبه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المتعقد بان اكتفى بقوله وهو العقد لا تنشئ الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالأحكام أصلاً وكفي في إثبات قول محمد رحمه الله وكذا لم يتعرض صاحب النهاية بتوالعناية لحدوث الانعقاد في جانب الأجرة دون المنفعة بان اكتفيا بان يقال ان الإبرام وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعقود عن القصاص بعد الجرح كما كفي في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرر وفي جانب الأجرة أيضاً وكفي في إثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثل ما سربوطاً أحدهم بالآخر كافي في السببية ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في سببية السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفه شرعاً والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جوارز انفكاكها عن معلولاتها فإزاء أن يقال العقد وجده لان انعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا أن عقد الأجرة ينقضي ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كذا كر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كذا ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفاً لكن الأصل في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الأخرى نأمل ترشد (قوله وإذا قبض المستاجر الدار فعليه الآخر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشعولة بمناعه لا يجب الآخر والثاني أن تكون الأجرة صحيحة فان في الأجرة الفاسدة بشرط لو وجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في البذل كالعقد المضاف إلى وقت الحدوث فلا يثبت المالك قبله (قوله وإذا قبض المستاجر الدار فعليه الأجرة وان لم يسكنها) يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة وهذا إذا كانت الأجرة صحيحة أما في الأجرة الفاسدة يشترط لو وجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقيقته إذا استأجر دابة إلى الكوفة وقبضها وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة

خارج المدة لا يجب الآخر حتى ان من استأجر دابة يوماً لاجل الركوب فغصبها المستاجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصر يجب عليه الآخر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصر إلى مكان معلوم لا يجب الآخر إذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد فإذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الآخر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة وان ذهب إلى ذلك المكان خارج المصر بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الآخر اهـ (قوله ولم يستوفها واجب الآخر) أقول وإذا استوفها واجب بالطريق الأولى (قوله مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول لو فيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه ان يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب اليها الخ (قوله كن استأجر دابة في غير بغداد إلى قوله بغداد الخ)

حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة أو سلمها فافترقه فيها في مكانه حتى لا عذر
 فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجرة في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف
 المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهة بل لغوات التمكّن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت
 وجهه الاقتصار للاختصاص اعتماداً على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والقاسم منه ينفعه عن الاقدام على
 الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم ما يتوعد عليه في مدة العقد ومكانه فكان
 معلوماً عادة وعلى أن الاكراه والغصب (١٦) مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذلك اعتماداً على ما هو موجود المانع في

بعض المدة والمكان يسقط
 الاجر بقدره لو جوب
 الانقضاء في ذلك القدر قال
 (ومن استأجر داراً) ذكر
 هذا لبيان وقت استحقاق
 مطالبته الاجر والحال
 لا يخلو من أن يكون وقت
 الاستحقاق ميدياً بالعقد
 أولاً فان كان الاول فليس له
 المطالبة الا اذا تحقق ما تنقضا
 عليه شهراً كان أو أقل
 أو أكثر لانه بمنزلة التاجيل
 اذا الاستحقاق يتحقق عند
 استيفاء جزء من المنفعة
 تحقيقاً للمساواة والتاجيل
 يسقط استحقاق المطالبة
 الى انتهاء الاجل وان كان
 الثاني فلا مؤثر أن يطالبه
 باجرة كل يوم لانه استوفى
 منفعة مقصودة وكذلك اجارة
 الاراضي (وان استأجر بغير
 الى مكة فلا جمال أن يطالبه
 باجرة كل مرحلة لان سير
 كل مرحلة مقصود) كسكنى
 يوم وهذا قول أبي حنيفة
 آخر (وكان يقول أولاً
 لا يجب الاجر ابعد انقضاء
 المدة وانتهى السفر وهو قول

تسليم المنفعة للتمكّن من الانتفاع فاذا قامت التمكّن فانما التسليم وانفسح العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب
 في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذا انقضاء في بعضها قال (ومن استأجر داراً فله مؤجر أن يطالبه باجرة كل
 يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يمين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التاجيل (وكذلك اجارة
 الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بغيراً الى مكة فلا جمال أن يطالبه باجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة
 مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الاجر ابعد انقضاء المدة وانتهى السفر وهو قول زفر لان المعقود
 عليه جملة المنافع في المدة
 حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر بعد ادائه حتى مضت مدة يمكنه السير فيها
 الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكناً من
 الاستيفاء في المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها في بعض اليوم بالابتناء ولم يركب
 لا يجب الاجر وان تمكّن من الاستيفاء في المدة كان الذي أضف اليه العقد لانه انما تمكّن بعد مضى المدة اه
 وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بغير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر
 هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاختصاص اعتماداً على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على
 أن يباشر العقد الصحيح والقاسم منه ينفعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد
 عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوماً عادة
 وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذلك اعتماداً على ما اه (أقول)
 في آخر جوابه خلى أما أولاً فلا نوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع ان كان معطوفاً على
 قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى
 فان حال المسلم دالة أيضاً على أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع مع ركا كنه هذا المعنى كما لا يخفى يلزم
 الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجتناب وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفاً على قوله على دلالة
 الحال والعرف حتى صار المعنى اعتماداً على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة أن الاكراه والغصب مما يمنع
 عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقصر عن ذلك اعتماداً على الظاهر أن ضمير عليه ما راجع الى
 الحال والعرف وعلى المعنى المازر بولر تصير له الاقتصار للاختصاص اه الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير
 على ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع وأما ما بينا فلان
 قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضاً من القيود المقتصر عن
 ذكرها مع أن المصنف ذكر ضرورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة
 ولا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي رحمه الله تجب الاجرة في

زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان أجزاء الاعراض منطبقة على أجزاء فلا
 الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئاً كما في المبيع فانه لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل
 أقول ولو ساقها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فاسمها لم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضاً عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب
 مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذلك اعتماداً عليهما) أقول وفيه بحث فان مودة الغصب مذكورة في كلام المصنف (قوله اعتماداً
 عليهما) أقول بمعنى دلالة الحال ودلالة العرف (قوله فانه لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع ساعة ثمن قيل
 المشتري ادفع الثمن أولاً واذا بيع ساعة بسبعة أو ثمن من قبل لهما سلمهما كما سبق في باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له هو

كالخياط فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء العوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا بالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء العوض وجوبها وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كفي المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لكان مرجوعا عنه وجهه (ووجه القول (١٧) المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق

فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تقتضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره فقد رونا بما ذكرنا قال (وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كفي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياط فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (اقول) في قوله كفي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وهو ظاهر اذ قد مر في البورع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بثلاثة او ثمنين قيل له اسلمها معافى الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي صورتين الاخرين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فما لم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كفي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي ثمن الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا العامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمعنى وشرح الجامع الصغير لغفر الاسلام وقاضيان والتمرناتش والغوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب

الوجهين كذا في النهاية (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) يريد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا وقع مخالفا العامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمعنى وشرح الجامع الصغير لغفر الاسلام وقاضيان والتمرناتش والغوائد الظهيرية وفي المبسوط ولو استاجر خياط يخط له في بيت المستاجر ثوبا خاط بعضه فسرقت الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضيان رحمه الله ولهذا لو استاجر خياط الخياط في منزله كما عمل فلا يستحق الاجرة بقدره ولكن نقل في التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كذا كفي الكتاب فيجتمعا ان المصنف رحمه الله اتبع صاحب التجريد بالفضل الكرمانى رحمه الله والله اعلم بما هو الحق عنده

(٣ -) (تكملة الفقه والكفاية) - (ثامن) في اول هذا الباب قال في الكافي قال لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كفي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فلا تامل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا) اقول ما للمانع من ان يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط ثوبه الذي خاط بعضه (قوله وجوبا) اقول يعني في الذمة (قوله الا ان المطالبة في كل ساعة تقتضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) اقول وايضا تعيين اجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع) اقول فيه منع (قوله فقد رونا بما ذكرنا) اقول يعني نذكرنا استحضارا

الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة (المساواة) بين البدلين (الآن المطالبة في كل ساعة تقتضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تقتضي الى عدمه فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمنع الانتفاع من جهته فيمنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقد رونا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وايس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل) كانه (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى انه لو كانا ثوبين فقرع عن أحدهما جاز ان يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) انه غير منتفع به والحق عكس ما ذكره كيف وهو مخالف لما أسلفه نفسه

(الآن يشترط التحجيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والغنى وشرح الجامع الصغير ونحوه فاضحان والتمزق في الفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياط ما يخط له في بيت المستأجر فلا الإجر بقدر ما خطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر إبقاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كافي (١٨) الجلال ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كذا كوفي الكتاب فيحتمل

أن المصنف تبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة إذ ليس الحكم مثلاً للبدن أو للأوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة لا بتعيينها وما وحيته إذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كفي كل الثوب ولعل هذا مذهب المصنف رحمه الله

قال (الآن يشترط التحجيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

من استأجر أجيراً يعمل له في بيته وقالوا استأجر خياطاً يخط له في بيت المستأجر قيداً وصحاً بعضه فسر في الثوب فله الأجر بقدر ما خط فان كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إبقاء العمل كله لأن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال حيث يشاء يكون الجواب فيه كالجواب في الجبال على قوله لا يخرج على المؤجر إبقاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كافي الجلال وذكر الإمام فاضحان وهذا لو استأجر خياطاً يخط له في منزله كما عمل في الاستحقاق الأجرة بقدره وهكذا أيضاً في غيرها ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كذا كوفي الكتاب فيحتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد بالفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده إلى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة إذ ليس الحكم مثلاً للبدن (١) وأللدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة لا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا مذهب المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أمراً ولا فلاناً لأن سلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيوضح بما سند كره وقوله إذ ليس الحكم مثلاً للبدن وأللدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس لشئ أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهما معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى وأما ما نفا فلاناً لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة بما ادعينا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجرة كفي كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان هل الخطاط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إبقاء الأجر لا كلام لأحد في وجوب إبقاء الأجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إبقاء الأجر إلا بعد إبقاء العمل كله وإن كانت حصة ما استوفى معلومة إلا أن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال فينبغي أن يخرج على المؤجر إبقاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كافي الجلال انتهى وأما ما نفا فلاناً لا معنى لقوله ولعل هذا مذهب المصنف لأن ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إبقاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته وليس مطابق أيضاً لفهم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب إلى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تنفع الفقهاء توافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخطاط يخط له في منزله قيداً وصحاً فان خط بعضه لم يكن له أجر لأن هذا العمل لا يتنفع ببعضه فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لأنه صار مسلماً للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عينا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خط في غير بيت المستأجر أنه إذا خط في بيته فوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خط في غيره وفيه بحث فان استجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرة

(١) قوله أوللدوامل هكذا في نسخ السككية بالدال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالنال المعجمة والهمز فليقرأ اه مهملة قال ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خط في غير بيت المستأجر أنه إذا خط في بيته فوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خط في غيره وفيه بحث فان استجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرة

قال (ومن استأجر خباز الخبز في بيته فغير آمن دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آتوا الثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا استأجر خباز الخبز في بيته فغير دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل بالانخراج (فلو احترق (١٩) أو سقط من يده قبل الانخراج فلا أجر له)

للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحدوا استحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أوجب بان أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجباً من مستأجر كاتوقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خباز الخبز في بيته الخ) أقول في مبسوط المرحوم وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزه في بيته دقيقاً معلوماً بأجره معلوم فخبزه ثم سرقه الاجر تاماً وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحسب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجبير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى

ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لهواً تأمل في دفعها فانه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كمنه مثلاً تماماً

قال (ومن استأجر خباز الخبز في بيته فغير آمن دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالانخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الانخراج فلا أجر له لالهلاك قبل التسليم)

وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة خاصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقاً أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أو لانه قال وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقاً قبل الفراغ بخلاف ذلك قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بخلاف ذلك على أن لا يجب عليه الاجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً ولانه قال لما بينا و مراد به على ما صرح به الشراح فاطمة هو قوله لان العمل في البعض غير متعبد به ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقاً فاني يصلح ما في الذخيرة لان يكون معتد المصنف في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الغضلاء كآفته قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلال رأي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استجب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً اه كلامه (أقول) جوابه عن بحثه ليس بتمام الاشارة أن استجب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجهين الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند اثبتنا الثلاثة كما أن البائع أن يجبس المبيع لقمص الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعنات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استيفاء الثمن والقصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري وكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بجره حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله) ومن استأجر خباز الخبز في بيته فغير آمن دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور) قال في

(قوله) ومن استأجر خباز الخبز في بيته) أي في بيت المستأجر فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قبل هذا قول الكل اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه لم يهلك بصنعه واما عند هاهنا فلا نه هلك بعد التسليم وذ كر القدر في شرحه ان على قولهما يجب الضمان لانه أجبير مشترك والعين في يده امانة عنده مضمونة عندهما فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كالغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته وقال القدر في رجم الله لا ضمان عليه في الخطب والمخ عند هاهنا لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وموجب الضمان لا قيمة له كذا في الذخيرة (قوله)

ولم يخبز البعض الآخر (قوله) أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ) أقول الجمال أجبير مشترك ويستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الآن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة (قوله) وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول أما إذا استأجر خبازاً لخبز في بيته فانه أجبير وحده فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله ثم بالأخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جنايته توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الآخر ولا ضمان عليه في الحطب والمخ عند هـ مالان ذات صار امسئله كقبل وحب الضمان على ماله وحاله وجوبه وماذا لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو يخرج على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يهلك من عمله وأما على قوله ما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبخا لطبخ له طعاما لوليمة فعليه تسليمه) لانه من تمام عمله عرفا وان استأجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه العرف (ومن استأجر انسانا ليضربه لبنا استحق الآخر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو انكسر فلا أجر له لانه لا يصير مسلما لم يصرا لبنا وما دام (٢٠) على الارض لم يصرا لبنا (وقال لا يستحقه حتى يشرجه) أي ينضده بضم بعضه إلى بعض

(لان التشرية من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار الح) وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبه لاستيفاء البدل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبه لاستيفاء البدل والوصف لا ينقل عن العين لخاز حبه الذات فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعدي إلى الضمان لا يلزم الاعلى

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الآخر قال (ومن استأجر طبخا لطبخ له طعاما لوليمة فالعرف عليه) اعتبار العرف قال (ومن استأجر انسانا ليضربه لبنا استحق الآخر اذا أقامها عند أبي حنيفة) وقال لا يستحقه حتى يشرجه) لان التشرية من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما ينص عليه ولا يضمن حقيقة أن العمل قد تم بالاقامة والتشرية عمل رائد كالنقل الأثرى أنه ينتفع به قبل التشرية بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه ما بين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاجراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعدي في الحبس فبقى أمانة كما اعني ذ كرهذا البيان حكيم أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخطاط آتفاو الثاني أن فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو أنه اذا علم من مسألة الخطاط آتفاو أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من فالعرف عليه) أي اخراج المرقمة من القدوري الى القصاص عليه وان استأجر في طبخ قدر خاص فخرج المرقمة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح والمحيط والمرجع في الجبيع العرف (قوله استحق الاجرة اذا أقامه عند أبي حنيفة رحمه الله) وقال لا يستحقه حتى يشرجه) هذا اذا ضرب اللبن في ملك المستأجر فان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالاعد عليه بعد اقامتها وعندهما بالاعد عليه بعد التشرية كذا في نظام الزند ويستى (قوله) وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين) اختلاف المشايخ في قول اصحابنا كل صانع

المتعدي وهو غير متعدي فلا يلزم الضمان لكنه لا أجر له لاله المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كان كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه فبمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه وعمولاه الاجر وسند كره في باب ضمان الاجير

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقايتان احترق بعدما أخرج فله الاجر وقبله لا ولا غرم فيه ما قال صدور الشريعة أي في الاحترق قبل الاجراج وبعد الاجراج وقال صاحب الدرر والغرفيه بحثا أما أولا فلا يخالف لما في شروح الهداية أن فيما قبل الاجراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحترق بعد الاجراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاجراج فعليه الضمان في قول اصحابنا جيعا وأما ثانيا فلانه يخالف للقاعدة المقررة التي ذكرها من أن الاجير المشترك يضمن ما تلف بعمله انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تتعلق بالمفعول قال المصنف (الآثرى أنه ينتفع به) أقول فيه إشارة الى الجواب عن دليلهما الثاني يعني أن العرف مشترك فكأنه قد يتولا فقد ينقل من موضع العمل قبل التشرية وفي القاموس التشرية نضد اللبن

وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالخسار بالحاء والجيم فليس له أن يحبس له المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما قام
بالعامل أو بعينه له الحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الخيل يعني اذا لم يكن ثمن التشار وغيره سوى ازالة النوحض بالماء وأما اذا كان
فيه مسئلة القصار وهذا مختار به من المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المبسوط وجامع قاضيان أن أحداث البياض في الثوب بازالة
الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر (٢١) بقوله (قوله وهذا بخلاف الآتي)

جواب عما يقال الآتي
اذا رده انسان كان له حق
الحبس وان لم يكن لعمله
أثر في العين قائم ووجهان
الآتي كان على شرف
الهلاك وقد أحياه برده
وكانه باع منه فله حق
الحبس (وهذا الذي
ذكرنا) يعني حق الحبس
لصانع بالآخر فيما اذا كان
لعمله أثر هو (مذهب
العلماء الثلاثة وقال زفر)

قيل هو مذهب الشافعي
رحمهما الله (ليس له حق
الحبس في الوجهين) يعني
في الذي لعمله فيه أثر وفيما
لم يكن (لانه وقع التسليم
باتصال المعقود عليه بملكه)
والمسلم الى صاحبه لا يتصور
حبسه كمن يعمل في بيت
الصاحب والجواب (ان
الاتصال بالمحل ضرورة اقامة
العمل) وذلك جهة غير
التسليم فلا يلزم من ذلك
الرضا بالاتصال من حيث
التسليم (فلا يستطحق
الحبس) ونظير ذلك الوكيل
اذا نقد الثمن من ماله
وقبض المبيع كان له أن
يحبس وقد تقدم فصار
كقبض المشتري المبيع

كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذلك بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر
وسيين من بعد ان شاء الله تعالى قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للاجر
كالجمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس
وغسل الثوب نظير الخيل وهذا بخلاف الآتي حيث يكون الراد حق حبسه لاستيقاء الجعل ولا أثر لعمله لانه
كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باع منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا
الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا
أن الاتصال بالمحل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس
كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره)
لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين مع العقال
لعمله أثر في العين ان المراد به العين والجزاء المملوكة للصانع التي يجعل العين كالنشاط والفرار والخطوط
ونحوها ما مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر القسطق والحطاب وطعن الخنطة ولاق رأس لعبس
فاحتار الاكثر من الاول وبعضهم الثاني واما القصار فان كان يقرع بالنشاط أو يبيض البيض فله حق
الحبس لانه اتصل بالثوب بمال قائم كافي الصنع فلما اذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس لان
البياض الذي حدث في الثوب بغيره مضاف الى عمله بل البياض كان حاصل ولا يمكن استمر بالدرن والوضع
فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس لان ذلك البياض صار كالهالك
باستناره بالاوساخ فيقع العمل احدا الصفة البياض من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كفي الخياطه (قوله
وغسل الثوب نظير الخيل) هذا اذا لم يستعمل في الغسل شيئا (قوله وقد أحياه) والاحياء الذي يتصور من العباد
تخليص من اشرف على الهلاك اذا الاحياء الحقيقي من خواص الالهية (قوله في الوجهين) أي سواء كان
لعمله أثر أو لم يكن لان المبيع وقع في يد المشتري بغير رضا البائع قبل نقد الثمن فيبطل حقه في الحبس كما اذا عمل في
بيت صاحب الثوب وهذا لان المبيع ههما ما اثره في العين كفي الخياطه أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبيغ
وقد وقع في يد المشتري بغير رضا البائع وهو كمن استقرض من آخر كخطوط امر بالقائم في ارضه بذرا ففعل صار
قابضا (قوله ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل) يعني ان المبيع وقع في يد المشتري بغير رضا البائع
قبل نقد الثمن فلا يبطل حق البائع في الحبس كفي بيع العين وهذا لان المبيع في مسئلة اثر العمل أو مال
اتصل بالعين وقد وقع في يد المشتري وهو صاحب الثوب بغير رضا البائع لان العمل الذي استؤجر لاجله
لا يمكنه تحصيل الا يتحصل الا بتمتصلا بملكه فيكون مضطرا في ذلك والاضطرار يمنع ثبوت الرضا (قوله في
محل بعينه) اراد بالمحل ههنا الصانع يعني شرط ان يكون محل هذا العمل هو لا غير فلا يجوز له ان يستعمل
غيره كالمنفعة في محل بعينه يعني اذا استاجر غلاما بعينه لا يكون للمؤجر ان يدفع غلاما آخر مكانه كذا هذا

بغير رضا البائع فان البائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه
أن يعمل بنفسه نقل عن جيد الدين الضرير رحمه الله هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن
يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استأجر دابة بعينها للعمل
فانه ليس للمؤجر أن يسلم غير هاء فيه تأمل لانه ان خالفه الى غير بان استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان
ينبغي أن يجوز ان اطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ان يغاوه بنفسه بالاستعانة بغيره بمنزلة ابقاء الدين والله أعلم

العرض بقدره) وهو اختيار
الغنية أبي جعفر الهندواني
واختاره المصنف واليه أشار
بقوله (ومراده) يعني
القدور رحمه الله (إذا
كانوا معلومين وإن استأخرو
له ذهب بكماله إلى فلان
بالبصرة ويأتي بالجواب
فذهب فوجدناه ميتا) فاما
أن يرد الكتاب أولا فإن كان
الثاني استحق آخر الذهب
بالاجماع وإن كان الأول
(ولا أخره عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله له آخر
الذهب) وهذا بناء على
أن المعقود له قطع
المسافة أو نقل الكتاب وقطع
عند محمد رحمه الله أنه قطع
المسافة لأن المشقة فيه دون
نقل الكتاب وقد أوفى بعض
المعة وعليه بذهايه فيستحق
الأخر المقابل له وقطع
عندهما أنه نقل الكتاب
لأنه هو المقصود أو وسيلة
إلى المقصود وهو علم ماني
الكتاب وقد نقضه بده
فيسقط الأخر كما إذا استأخره
له ذهب بطعام إلى فلان
بالبصرة فذهب به ووجد
ميتا فصرده فإنه لا أخره
بالاتفاق لقضه تسليم المعقود
عليه وهو محل الطعام وليس
منهاض على محمد لأن المعقود

(فصل) * ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجئ بعيله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن
 بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراعاة اذا كانوا معلومين (وان
 استأجر ليذهب بكتاب الى فلان بالبصرة ويحجي ويجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) هذا عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان
 الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة وثقله وان المعقود عليه ينقل الكتاب لانه هو
 المعقود أو وسيلة اليه وهو العلم في الكتاب ولكن الحكم معاقبه وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام
 وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع)
 لان الحمل لم ينتقض (وان استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له
 في قولهم جميعا) لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد لان
 المعقود عليه هنالك قطع المسافة على ما مر

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا لها)

هكذا تدور

أن المعقود له قطع
 المسافة أو نقل الكتاب وقطع
 عند محمد رحمه الله أنه قطع
 المسافة لأن المشقة فيه دون
 نقل الكتاب وقد أوفى ببعض
 المعة ودعاه بذهايه فيستحق
 الآخر المقابل له وقطع
 عندهما أنه نقل الكتاب
 لأنه هو المقصود أو وسيلة
 إلى المقصود وهو علم ما في
 الكتاب وقد نقضه بوجه
 فيسقط الآخر كما إذا استأجره
 ليذهب بطعام إلى فلان
 بالبصرة فذهب به ووجهه
 ميتا فصرده فإنه لا أجر له
 بالاتفاق لقضه تسليم المعقود
 عليه وهو حمل الطعام وليس
 منهاض على محمد لأن المعقود

* (فصل) * (قوله) فجاءه بن نقي فله الاجر بحسبه قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله هذا اذا قلت مؤنة الباقين
 فوفت من مات واما اذا لم تنقص المؤنة مات الكبار مثله كل الاجر (قوله) وسارده اذا كانوا معلومين حتى
 يكون الاجر مقابلا بجملة ماتهم وتعلم مؤنتهم بنصفه فان ادعى بعض المعقود عليه دون البعض استحق
 بقدر ما أوفى وبطل بقدر ما لم يوف (قوله) وان استأجره ليذهب بكتبه الى فلان بالبرصة ويحيى ويجوابه فذهب
 ويوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب
 لكلولم يرد الكتاب وكلوا كان رسولا بلا كتاب فذهب ولم يجد المرسل اليه أو وجده الا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع
 له الاجر بالاجماع وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله قول أبي يوسف مع محمد رحمه الله قيد بالذهاب بالكتاب
 ليس يبره الى أن هذا الحكم فيما اذا استأجره الذهاب بشئ ليس له حل ومؤنة وقيد بالحيء بالجواب لانه لو لم
 يشترط عليه الحيء بالجواب وترك الكتاب ثم فيما اذا كان ميتا أو غائبا فانه يستحق الاجر كاملا (قوله) أو
 وسيلة اليه) أي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به أي بنقل الكتاب (قوله) وقد
 يستغفون به أو الكاتب يتغفبه فاذا ردقات ما هو المقصود بالاجارة فيكون ناقضا للعمل اعتبارا وان الله أعلم

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

عليه في مسئلة الكتاب عند قطع المسافة ولم ينقص ما قطع منها والله أعلم * (باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا لها) * قال

١٠٠٠
 * فصل ومن استأجر رجلاً * قال المصنف (ومراده إذا كانوا الخ) أقول في البراءة * وإن لم يكونوا معلومين فالإجارة قاسدة وفي البر والغرر وإن لم يكن عبالة معلومين فله كل الاجرة فمثل فانه لا مخالفة كما ينضم في الغرس الآتي من العناية * (باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً لها) * (قوله باب يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فينضم وجه الثاني خیر لان

لما فرغ من ذكر الاجارة

وشرطها وقت استحقاق

الاجرة ذكر هذا ما يجوز

من الاجارة بالطلاق للفظ

وتقييده وذ كر ايضا من

الافعال ما بعد خلافا من

الاجير للمؤجر وما لا بعد

خلافا قال ويجوز استئجار

الدور والحوانيت للسكنى الخ

قيل صورة المسئلة أن يقول

استأجرت هذه الدار شهرا

بكذا ولم يبين ما يعمل فيه

من السكنى وغيره فذلك جائز

وينصرف الى السكنى وان

لم يبين وجه التأخير لان العمل

المعارف فيها هو السكنى

التفصيل بعد الاجال

فليتنامل قال المصنف (ويجوز

استئجار الدور والحوانيت)

أقول في الفصل الحادى

عشر من اجارات الميسر

البرهاني في فتاوى أبى

الميت اذا آجرت المرأة دارها

من زوجها وسكنها جميعا

فلا أجر لها قال وهو بمنزلة

استئجارها للطبخ أو الخبز

هكذا ذكر انتهى قيل فى

المعنى ان التسليم شرط لصحة

الاجارة ولو جوب الاجر

وسكنها معه منع التسليم

والحكم ممنوع والعلة

مردودة والقياس على

استئجارها للطبخ والخبز لا يصح

لان الطبخ والخبز مستحق

عليها ديانة أن لم يكن مستحقا

عليها حكم أما سكنها الزوج

فى منزلها غير مستحق عليها

لادبانه ولا حكم وقوله بان

سكنها مع الزوج منع التسليم

قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه

قال فى النهاية ومعراج الدواية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر فى هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) في نوع خال لانه لم يذكر فى هذا الباب ما لا يجوز من الاحارة وانما ذكر ذلك فى باب آخر ات عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر فى هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيما من المستأجر للمؤجر كالموقع فى عنوان الباب وقال فى غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها وقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة بطلاق اللفظ وتقييده وذ كر ايضا من الافعال ما بعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا بعد خلافا (أقول) فيه ايضا من فتاوى (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العدة استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرته انتهى كلامه ومال أكثر الشراح الى سمته فى تصو ير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أى يجوز استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدورى الى هنا كلامه (أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أمأ وألا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما أن يعصديه الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يعصديه مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى فى الخارج ليصح الاحتراز اذا الظاهر أن الحكم فى استئجار كل دار وحانوت ما ذكر فى الكتاب وهو الجواز وان كان الثانى فهو من قبيل العقوفات كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما باننا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى بمنزلة لانه لو نص وقت العدة على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغى أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سبى فى الكتاب ففهما هو أنفع مما شرط وقت العقد أو أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع فى عبارة مختصر القدورى قيد للسكنى فى وضع هذه المسئلة كما لم يقع فى عبارة عامة معتبرات المنون لسكان أول وأحسن كالأبجنى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والابضاح كإدعى صدر الشريعة حيث قال لالان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصح العقد لا لا ينتظم قوله وله أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شئ من شطرى كلامه بسبب أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا اطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر والظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بان له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظر الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار فى التعليل الذى ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثانى فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم

(قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) بان قال استأجرت هذا الدار والحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس أن لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع

قانا لا يمنع لانها تابعة للزوج فى السكنى كما فصل فى الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أى كاتنين معدتين للسكنى

وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز أن المقصود من الدور والحوادث الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمشروط نصفه صرف اليه (قوله ولأنه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمانان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكنى فلا بد من بيانه ووجهه أن السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح (وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والسكان والأرض والغسل وغسل الثياب كسر الحطب للوقد وغيرهما ممنوع من توسع السكنى (للاطلاق) أي لا إطلاق العقد قاله إيس بمقتضى شيء دون شيء (الأنه لا يسكن حدا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء وأدبته دون المسكن لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لم يضر به البناء عز أن يعمل فيه (٢٤) ويتقديده وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدا إذا يكون نصباً على الحال

ويشتمل به الإسكان دلالة لاتحاد

وأنه لا يتفاوت فصح العقد (وله أن يعمل كل شيء) لا إطلاق (الأنه لا يسكن حدا ولا قصارا ولا طحانا) لأن فيه ضرراً طاهراً (لأنه يوهن البناء فيتعقد العقد بما وراءه دلالة قال (ويجوز استئجار الأرضي للزراعة) لأنهم منفعة مقصودة معهودة فيها (والمستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لأن الأجرة تعقد لا الانتفاع ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في

المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الياء والنصوبات مفعول به وينبغي به سكه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الأرضي للزراعة لأنهم منفعة مقصودة معهودة فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لأنها تستأجر غيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً للجهالة ولا بد من بيان ما نزع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع (ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لأن الأجرة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فإن المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع

أن يستحق العمل الذي ليس من جنس الشيء أيضاً ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة التعبيرات بأنه معروف بالعرف إلى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا إن هذا استحسان وفي القياس لا يصح لأن مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتعقد فلا يكون بدمان البيان للجهالة المفضية إلى النزاع كإثبات استئجار الأرضي للزراعة (قوله وأنه لا يتفاوت فصح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمانان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكنى فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام إذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهواً من الكاتب لأن لفظ السكنى حينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد أن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها وما كان تفاوت السكان في العمل سبباً لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى انتهى بذكر تفاوت السكان قصر المسافة ويرشد إليه قوله ووجهه يعني وجه الجواب أن السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال أن السكنى لا تتفاوت ولم يقل أن السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولأنه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال سلمانان سكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما ولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما أنا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جواباً عن سؤال مقدر لا بد على نسخة ولأنه بل بابها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلاً آخر مستقلاً والذي يكون جواباً عن سؤال مقدر أنما يكون من مهمات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وإن أراد أن المذكور في لفظ العناية يصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضاً بل المذكور في عبارة أيضاً من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لأن فيه ضرراً طاهراً لأنه يوهن البناء فيتعقد العقد بما وراءه دلالة) أقول لقاتل أن يقول الظاهر

قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة ينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك ووجه الاستحسان أن المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فيصرف إليه إذا لم يعرفه كالمشروط نصاً فعلى هذا قوله للسكنى يتعاق بالحوادث لا بالاستحجار ومعناه والحوادث المعتبرة للسكنى (قوله وله أن يعمل كل شيء)

(قوله ولأنه لا يتفاوت) أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمانان الخ) أقول لا مساس لهذا السؤال بالمقام إذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن (قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتفاقى ولكن بقي ههنا كلام وهو أن اتحاد المناط لا يتكفى في الدلالة لوجوده في القياس أي لا بد مع ذلك أن يدرك باللفظ فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الأرضي للزراعة لأنهم منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول إنما قال ذلك لأن كون المنفعة مقصودة باعتبار استيفائها بعد الأجرة ويجري بها التعامل من الناس من شرائط صحة الأجرة قال في البدائع في تعليل هذا الشرط لأنهم اعتقد شرعاً بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو الاستغلال بها لأن هذه منفعة

ويجوز أن يستأجر الساحة) وهي الأرض الخالية من البناء والشجر (ليني فيها أو يغرس لأن ذلك منفعة مقصودة بالاراضي) فيه جميعها العتد
(فإذا انقضت المدة لزم المستأجر ان يتركها وتسليمها فارغة لانه لا يملكها في ابقائها حاضر وصاحب الارض) هذا من جانب المستأجر وأما من
حانب المؤجر فلان الارض اما أن تنقص بالقلع أو لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا أو يتملكه مرضى به المستأجر أولا وان شاء مرضى
بتركها على حاله فيكون البناء لهذا الارض لذلك لا رالحق له فيه أن يتركه وان كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن مرضا للمستأجر
(وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو يظل حيث يترك باجر المثل الى أن يدرك له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين) وذلك لاننا لو قلعناه
تضرر المستأجر ولو تركنا الارض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفي تركه باجر رعاية الجانبين (٢٥) فصيروا له وأورد مسئلة الجامع

الصغير لبيان أن الرطبة

كالشجرة قال (ويجوز

استئجار الدواب للركوب

والحل الخ) اذا استأجر دابة

للركوب فاما أن يقول عند

العقد استأجرت للركوب ولم

يزد عليه أو زاد فقال على أن

تركب من شاء وعلى أن

تركب فلان فهي ثلاثة

أوجه فان كان الاول فانه قد

فاسد لانه مما يختلف اختلافا

فاحشا فان أركب شخصا

ومضت المدة فالقياس أن

يجب عليه أجر المثل لانه

استوفى العقود عليه بعقد

فاسد فلا ينقلب الى الجواز

كلا واشترى شيئا بخمر أو

خمر وروى الاستفسان يجب

المسمى وينقلب جائر لان

الفساد كان للجهالة وقد

ارتفعت حالة الاستعمال

فكانها ارتفعت من ابتداء

لانها اعتقدت بمساعة

فساعة فكل جزء منه ابتداء

واذا ارتفعت الجهة فمن

الابتداء صح العقد فكذا

ههنا وان كان الثاني صح

العقد ويجب المسمى ويتعين

الحل حتى يجوز بيع الجش والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في
البوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة وتغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كي لاتقع المنازعة (أو يقول أن يزرع على فيها ماشاء) لانه لا فاض الخيرة اليه ارتفعت الجهة الى
الغضبة الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليني فيها أو يغرس فيها تخلصا أو شجرا) لانها منفعة
تقتضي بالاراضي (ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقيم البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة لانه لا نهاية
لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع يظل حيث يترك باجر المثل الى
زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الا أن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا أو يتملكه فله ذلك) وهذا مرضا صاحب الغرس والشجر الا أن تنقص الارض بقاعها مما خفي نذ
يتملكها ما يغرم مرضاه قال (أو مرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا الارض لهذا) لان الحق له فله أن لا
يسمى وفيه قال (وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة قائمها قطع) لان الرطاب لانها
له فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحل) لانه منفعة معلومة معهودة

من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالمثلة
لذ كورة فصاروا يغالطونه فيما مرأ تفاوته يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق
انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء يوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله
أن يعمل من ذلك ما شاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة
وتغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لاتقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول في التعليل شائبة
الاستدراك اذ يكفي في تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وتغيرها
لا يطابق المدعى ولا تنفع له في اثباته فالجواب أنه لا بد في صحة عقد استئجار الارضي للزراعة من أمرين أحدهما
بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها قد تستأجر لتغيرها أيضا فلا بد من نفي الجهة ونابها بيان ما يزرع فيها كما
صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما
في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل
كلا الأمرين أما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة وتغيرها وأما الى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع
فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تعطن لهذه

أي مما لا يضر بالبناء لا لاطلاق ذلك نحو الموضوع وغسل الشيا وكسر الخطب ووضع الامتعة ونحو ذلك
(قوله وما يزرع فيها متفاوت) لان لارض قد تستأجر للزراعة والبرول زراعة الشعير ولزراعة الذرة والارز
وتغيرها ويضر بالارض لان البعض قريب الادراك والبعض بعيده أولان البعض يضر بالارض

(٤ - تكملته الفهم والكفاية - ثامن) أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراد من الاصل على الوجه
الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن
تركب من شاء وان كان لثالث فليس له أن يتعدا لانه تعين معيلا لا بد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف

غير مقصود من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يزره لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة (قوله
وان كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وان شاء مرضى بتركها على حاله ولم يذكره الشارح تعويلا على انقضاءه من الكلام (قوله
على الوجه الذي قلنا) أقول آتفا

(فإن أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) عملاً بالاطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه (وكذلك إذا استأجر ثوباً باللبس وأطلق جاز فيماد كركنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فاركبها غيره أو ألبسه غيره فخطب كان ضامناً) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصع التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج

الديقعة حيث قال في تقرر المقام ويجوز استحجار الاراضي للزراعة لانها منفعه منصوصة معهوده فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضاً فلا بد من البيان نفياً للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء عملاً بالاطلاق) اعلم أن استحجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتم للركوب ولم يرد عليه شيئاً أو زاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فيكون العقود عليه مجهولاً فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمي وينقلب جائز لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنهم ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء وإذا ارتفع الجهالة من الابتداء مع العقد فكذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمي ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراداً من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامناً وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الالوجه كذا قالوا ثم اعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدروري فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجهه من هاتيك الالوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كجاء الشرعية وصاحبي الغاية والعناية بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقيد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحيهما المختصر القدروري وجوز فرقة أخرى منهم كاصحاب النهاية والكفاية ومراجع الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فساد بان يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أو أركب من شاء ينقلب الى الجواز بعد ما وقع فساداً وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل إذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان

المستعملين كالثوب والخيل
وحكم الحمل كحكم الركوب
يختلف العقار فانه إذا شرط
سكنى واحد بهينه جازاً ساكن
غيره لان التقيد غير مفيد
لعدم التفاوت فان قيل قد
تفاوت السكان أيضاً فان
سكنى بعض قد يضر به
كالحداد ونحوه أجاب بقوله
(والذي يضر بالبناء خارج)

كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ فإلم بين شي من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوماً أو معلوماً المعقود عليه شرط جواز الاجارة (قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء) قال أبو نصر رحمه الله هذا الذي ذكره انما أراد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء لانه لو أطلق للركوب من غير أن يقول على أن يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافاً فاحشاً فان قال على أن يركب من شئت مع العقد وان لم يسم شخصاً بعينه لانه رضى به وكذا اذا استأجر ثوباً باللبس يعني قاله باللبس من شئت ويحتمل أنه أراد بقوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أنه يسمى الركوب ولم يعين الركاب ولم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة فاسدة الا أنه اذا لم ينقض الاجارة حتى أركب رجلاً أو ركب هو ارتفع الفساد وتعين المراد من الاصل وصار كأنه نص على ركوبه ابتداءً وكذا اذا استأجر ثوباً باللبس ولم يعين اللبس ولم يقل على أن يلبسه من شاء ثم لبس هو أو ألبسه غيره (قوله والذي يضر بالبناء خارج) كالعصاة والحدادة لا يتناولها مطلق السكنى

يحمل ما هو مثله في الضرر)
كمنطة أخرى غيرها (أو)
ما هو (أقل) ضررا (كالشعر
والسمسم) فانهم اذا كانا
خسة أقلزة كانا أقل وزنا
فكانا أقل ضررا ود كرفي
النهاية أن في الكلام لغا
ونشرا فان الشعر ينصرف
الى المثل والسمسم ينصرف
الى الأقل اذا كان التقدير
من حيث الكيل وليس
بواضح فان السمسم أيضا
مثل اذا كان التقدير من
حيث الكيل وانما جازله
ذلك (لانه دخل تحت الاذن
لعدم التفاوت) يعني به
اذا كان مثلا (أو لكونه
خيرا) يعني به اذا كان أقل
ضررا (وليس له أن يحمل
ما هو أكثر ضررا من المنطة
كالمخ) اذا كان مثله اكيلا
لانه أقل (لانه انعدم الرضا فيه
وان استاجرها يعمل عليها
مقدارا من القطن فليس له
أن يحمل عليها مثل وزنه
حديد الا انه بما كان أضر
على الدابة لاجتماعه في
موضع من الظهر بخلاف
القطن فانه ينسبط عليه)
وانما ذكره مع كونه معلوما
مما سبق لان ذلك كان نظير
المكييل وهذا نظير الموزون

أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عـ لا بالاطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يشي عندا الحمل على الوجه الثاني لا عندا الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان عامة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعيين العقود عليه بقاءه لا اطلاقه وانما الاطلاق على الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكفاي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم على المسئلة بما عمل به المصنف حيث قال فان أطلق بان قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عـ لا بالاطلاق انتهى فتدبر (قوله) وان هي نوعا وقد رام علوما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعير والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمي خمسة أقفزة حنطة فبعينها فحمل خمسة أقفزة حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسهم هذا لفوتشر فان الشعير ينصرف الى المثال والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير فيها من حيث السكيل لامن حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غايه البيان قال بعضهم فيه لفوتشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسهم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا الوشر أن يحمل عليها ما نزل طول من الشعير فحمل عليها ما تنوطل من الحنطة ضمن اذا عطيت فلو كان مثلالها لم يضمن كولو شرط أن يعمل عليها حنطة فزيد فحمل عليها حنطة شعير وبذلك السكيل بل قوله كالشعير والسهم جميعا نظير قوله أقل الى هذا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفوتشرا فان الشعير ينصرف الى المثال والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث السكيل وليس بواضح فان السهم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث السكيل انتهى كلامه (أقول) فيه محبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث السكيل فالنما يكون السهم مثل الحنطة في السكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في

الشارح كما ينبغي قوله لانه اقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى أن يقال ولا عرضي به المؤخر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معمر جلا فغطيت ضمن نصف قتها) سواء كان الرديف أثق أو أنقل من الركاب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة ندي يعقرها جوهل الركاب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بانقر وسب وتلان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنائز في الجنائز (٢٨) الجنائز) والجنائز جمع بان كالبغاة جمع باغ فانه اذا حرج رجل جلا جراحة واحدة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معمر جلا فغطيت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جوهل الركاب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بانقر وسب وتلان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنائز في الجنائز قال (وان استأجرها ليركبها فاعطيت عليها مقدار من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فغطيت ضمن ما زاد الثقل) لانهم اعطيت بها هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الاذا كان جلا لا يطبقه مثل تلك الدابة فينثني ضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجها عن العادة

نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السهم والخنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر بدعي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله ثم برز على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب العناية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معمر جلا فغطيت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيلا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه

(قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معمر جلا آخر ضمن نصف قيمتها) قيد بقوله أردف لانه لو ركبها وحل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطبق حملها لان ثقل الركاب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة أما اذا كانت لا تطبق فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيلا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيلا يستمسك فهو كالرجل كذا في الفتاوى وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كاملا لاستدعاء العقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف مع غيره أو لا يردف ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن الرديف فان ضمن المستأجرا لا يرجع على الرديف مستأجرا كان أو مستعيرا وان ضمن الرديف رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرديف مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغنى فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي أن لا يجيب عليه نصف الاجر فلما لم يجز الاجر عنه عند وجوب الضمان كان ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا جرم عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلته ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا جرم بمقابلته ذلك ليسقط عنه (قوله ولا يعتبر بالثقل) الثقل بوزن الكبر خلاف الخفة والثقل الحمل (قوله كعدد الجنائز في الجنائز) حتى اذا حرج رجل جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطافات فالدابة بينهما انصافا لانه بما يكون جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا واعتبر عدد الركاب وان استأجرها ليركبها فاعطيت عليها مقدار من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فغطيت ضمن ما زاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر فور اليطعن به عشرة فخاتم خنطة طعن أحد عشر فخطمها فانه يضمن جميع قيمته لان الطعن يكون شيئا شافيا ليطعن عشرة فخاتم خنطة طعن أحد عشر فخطمها فانه يضمن جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن المالك فبعد ذلك يضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جلة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك (قوله فانقسم عليهما) مثل

والاخر عشر جراحات خطافا فبات فالدابة بينهما انصافا لان رجب جراحة واحدة أكثر تأثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيلا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليركبها فاعطيت عليها مقدار من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فغطيت ضمن ما زاد الثقل لانهم اعطيت بها هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثله لا يطبق حمله (وأما اذا كان جلا لا يطبقه مثلهما ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجها عن العادة كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها ليركبها خمسة أفقره من شعر فحملها مثل كيله خنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونقص بما لو استأجر فور اليطعن به عشرة فخاتم خنطة فطعن أحد عشر فخطمها فانه يضمن الجميع وان كانت

قال المصنف (وان استأجرها

ليركبها فأردف معمر جلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيلا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيلا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الآن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمرير لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجها عن العادة) أقول فيه تأمل واهل المأثر لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما جله خارجا عن العادة طهر أنه قصدا لتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

الزيادة من الجنس وأجيب بأن الطعن إنما يكون شيئاً فشيئاً فإذا نحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطعن مخالف في استعمال الدابة
بغير الاذن فيضمن الجميع فاما في الجمل فيكون جملة واحدة فهو ما ذون في بعض دون بعض فيوزح الضمان على ذلك وهذا يستدفع ما قيل على
ما اذا استأجرها ليركبها فاردفها رجلاً فإنه يجب عليه ضمان كل القيمة لأنه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فارتكبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا
أردف فقد ارتكب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة (٢٩) لا يوجب نقصاناً لانه في

أذركاب متفرداً بخلاف
من كل وجه وفي اذرداف
ما ذون من كل وجه دون
وجسه وهو يقع جملة كالمركب
قال (وان كعب الدابة بلجامها
الح) وان كعب الدابة بلجامها
أي جذبها الى نفسه لنقف
ولا تجرى أو ضرر ما عطمت
ضمن عند أبي حنيفة وقال
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفاً
لان المتعارف مما يدخل
تحت مطلق العقد وما
يدخل تحته لا يوجب
الضمان لحصوله بأذنه وفي
عبارة تسامح لان المتعارف
مراد بمطلق العقد لا دخل
تحتسب والجواب أن الإلزام
في المتعارف للعهد أي الكعب
المتعارف أو الضرب
المتعارف وحيث يكون
دائماً لا مراد لان العقد
المطلق يتناول غيره ولا ي
حنيفة القول بالموجب أي
سلمنا أنه حاصل بالاذن
لكن الاذن فيما يتنفع به
المأذون مقيد بشرط
السلامة اذا أمكن تحقق
المقصود بها وههنا يمكن اذ
يتحقق السوق بدونه فصار
كالمرور في الطريق (وان
استأجرها الى الخيرة) بكسر
الخاء المهملة مدينة كان
يسكنها النعمان بن المنذر وهي

قال (وان كعب الدابة بلجامها) أوضرهم فاعطيت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفاً لان
المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله ما ذنه فلا يضمنه ولا يحنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد
بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هو حاصله ما ذنه فلا يضمنه ولا يحنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد
(وان استأجرها الى الخيرة فجاوزهم الى القادسية ثم ردها الى الخيرة ثم نفقت فهو ضمان وكذلك العارية) وقيل

بمنزلة الجمل انتهى وقال بعض الفضلاء الآن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك وإعل تصدير
الكلام بصيغة التثنية لئلا يضر لذلك اهـ (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة
الجمل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك
الدليل و رشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم القى في اعتبار عدد الركب في الآدمي لا الثقل هو ان
الآدمي مخصوص بعلم القرو يستوعب هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا
أردف مثله وأما اذا أردف صبياً يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة
الجمل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقر في عامة
معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب
الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس يدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح
العيني وقال فيه فانه قد شاهدنا كثيراً من الناس ووزنوا أنفسهم بالقياس لغير فوازرتهم ولكن لا ينضبط هذا
على ما لا يخفى انتهى فسكانه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقياس أصلاً وهل
يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلاً الا أن يكون مجرداً أو جسماً لطيفاً
(قوله) وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفاً لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ قال صاحب العناية
وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن الالزام في المتعارف للعهد أي
الكعب المتعارف أو الضرب المتعارف وحيث يكون داخل الامراد لان العقد المطلق يتناوله وغيره اهـ كلامه
وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد
بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال وإعل الاول أن يقال أي الفعل المتعارف اهـ (أقول) كل

أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزاً فيضمن جزاً (قوله)
وان كعب الدابة بلجامها) أي ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لنقف ولا تجرى (قوله) لان المتعارف مما
يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ورجاءاً لا تقاد الدابة الا به فيكون الاذن
تأثيراً منه بالعرف (قوله) كالمرور في الطريق وجه الالتحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل
لا غيره وذلك لانه ان أبيع له الضرب ههنا انما أبيع لمنفعة نفسه لا لخلق المالك فان حق المالك في الاجر يتقرر
بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرحى الى الصند بخلاف ما اذا اذن المالك فيه نصفان بعد الاذن فعليه
كفعل المالك وهذا اذا ضر به ضرراً يضر به مثله أما اذا لم يكن بهذه المثابة يضمن بالاجماع لانه غير داخل تحت
العقد لا تصالوا لغيره بالخيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة
والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً كذا في المغرب (قوله) وكذلك العارية يعني اذا استأجر

على رأس ميل من الكوفة (فجاوزهم الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً (ثم ردها الى الخيرة) ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية

(قوله) وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله) أي الكعب المتعارف) أقول وإعل
الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله) اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير في قوله بها راجع الى قوله السلامة (قوله) اذ يتحقق
السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصياح

والتخالف المشايخي في معنى هذا الموضع فمنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها اذا هي باقية ليقتم على العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالرد من القادسية اليه مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى أما اذا استأجرها اذا هو جانيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وقرق بينه وبين المودع بان المودع مأمور بالحفظ مقصودا ودون ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا واجبة ان يكون الرد الى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعالا لاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائب المالك الرد الى اليد ولا يبرأ الابالرد الى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذ ارد الموضع وبغاصب الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهما يبرأ الجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قبل الرد الى المالك أو نائبه ازالة التعدي (٣٠) وهو يصلح متبرعا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه

من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحية لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول وتقرر ضمانه على الغاصب بوجوب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشئ مضموما بضامين قبل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كفي الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه رفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان

تاويل هذه المسئلة اذا استأجرها اذا هي باقية انتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مرددا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها اذا هو جانيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب يجري على الاطلاق والعرف أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق لحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعالا لاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائب فلا يبرأ بالعود وهذا أصح

من تصرفه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فإرادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلأنه لو قال في تفسير المعهود أي فعل المتعارف لم يتم الجواب إذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بطلق العقد لا داخل تحته وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكسب المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكسب المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا استباح الى تفسير آخر في تبين المراد فالاولى في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعالا لاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائب فلا يبرأ بالعود) فانه ما جاوز الحيرة صار

دابة الى موضع معلوم وجاوز عنها ثم عاد اليها ثم هلكت بضمن (قوله وقيل الجواب يجري على الاطلاق) وهو أنه بضمن في كل حال (قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعالا لاستعمال) يريد به أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصدوا نصا وانما أمرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا بالدابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الابالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد ضمان قبل لا كذلك فان غاصب الغاصب اذ ارد الموضع وبغاصب الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى أحدهما يبرأ في المأخذ أو على من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد الظهيرية وقد طعن عيسى رحمه الله فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على

المناط هو التجاوز عن المسمى متدينا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أي قال الاجراء على الاطلاق أصح

(قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل في هذا التعليل (قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحدهما) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد اليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الابالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحة بالظن الى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أيان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فان مراد القائل أنه اذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد الى يده ولا كذلك العارية فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بانه لا يلزم منه مطلوبه كفعلي يبره من الشرائع فليست امل

(ومن أكثرى خمارا بسرج) فاستعمله به موافقة فان تزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين اما أن يسرج بسرج بمثله الجمر أو لا وكذلك الا كاف فان أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقيد بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبا اذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقيد بعينه وهو واضح وقوله (الا اذا كان زائدا على في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان ما دونه في المسمى غير ما دون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى (٣١) وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان أسرج بما

قال (ومن أكثرى خمارا بسرج فتزع السرج وأسرجه بسرج بمثله الجمر فلا ضمان عليه) لانه اذا كان بمائل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقيد بغيره الا اذا كان زائدا على في الوزن حيث يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الجمر يضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهة فصار مخالفا (وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثله الجمر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه با كاف يوكف بمثله الجمر يضمن عند أبي حنيفة وقال يضمن بحسابه)

غاصب الدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المقتضوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحد هذين وأوجب عندنا في النهاية وكثير من الشروح بانماز يذني المأخذ فتقول انما يبرأ بالرد الى أحد هذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومراج الدراية الى القوائد الظاهرية وقال في العناية والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما الجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) برده عليه أن قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما الجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر ما ينافي ما الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من ذلك المقدم اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحق بقي فالعنى أن الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافي جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجب عارده على مافي العناية بتوجدها خرجت قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لفظه ووجهه بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبراه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حين الكبري من الشك الاول بان يقال المستأجر في ما نحن فيه غاصب

المالك في الاجارة دون العار يقول كذا نقول رجوعه بالضمان لا غير والمتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة في النقل فاما ما يدعى المستأجر يد نفسه كذا في المبسوط (قوله اذ لا فائدة في التقيد بغيره) وهو الذي أكثرى به ونزعه لان الذي أسرجه به مثل الذي أكثرى به وهو نظير مالوا استأجر الجمار ليحمل عليه عشرة نخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة نخاتيم من حنطة غيره (قوله وان كان لا يسرج بمثله الجمر) بان أسرج الجمار بسرج البردون ضمن أي جميع القيمة (قوله وهذا أولى) لانه لما ضمن بالسرج الا نخوم أنه من جنسه فاضمان بالا كاف مع أنه من خلاف جنسه أولى وان أوكفه با كاف يوكف بمثله الجمر ذكر هذه المسئلة

المراد المساحة حتى اذا كان السرج باخذ من ظاهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمته او منهم من قال معناه بحسابه

قال المصنف (ومن أكثرى خمارا بسرج الخ) أقول اذا استأجر خمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الجمر فهو ضامن بقدر ما زاد اذ بان تغاير الروايات بالاجماع وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في القصل السابع والعشرين من اجابات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفتها لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غير راجع الى سرج بسرج بمثله الجمر كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبا فاقبل

في الحنطة وان أسرج بما لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البردون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا (وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثله الجمر يضمن لما قلنا في السرج) (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه با كاف يوكف بمثله الجمر يضمن عند أبي حنيفة) ولم يبين مقدار المضمون ابتداء الرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجازات يضمن بقدر ما زاد فن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجازات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتسكموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة فنه من قال

لانه اذا كان يوكف بماله الجركان هو والسرجه سواء فيكون المالك واضايه الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالأزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يخيصة رحمه الله أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرجه للركوب وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الآخر فكان مخالفا

بمجاورة الخير وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولو وجد هنا شيء من محافظه وجهه الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يغد صحتة بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه أن المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للتقصير بغاصب اذا رد المصوب على الغاصب مسامح بكلامه لا يكون لذكره وحوايه عنه وجهه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في التقصير هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون التقصير المزبور مسامح بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور واذ ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصح ما في العناية فاما ما هو حل الحصر على القصر الاضافي كما ينهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كفي الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب وكما نقول وجوبه بالضمان لا غرور المالك بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كما لم يشرى يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على ما قلنا من المنفعة في النقل فاما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استئصال العين المستأجرة ولو لم يكن له في استئصال العين نفع لما اختار استئصال العين على ماله من الاجارة هو على هذا المأثور ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزا في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية بقيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب أن الاتحاد بين الشئتين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة

في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف وعندهما الله ومن مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يذكروا في الجامع الصغير أنه ضامن بجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين أي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على التفسير ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن بجميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاد وهو الاصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف رحمه الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله منهم من قدر ذلك بالمساحة حتى لو كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في النقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته فان قيل التفاوت بين السرجهين دون التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عنددهما كالأوكاف المسرج قلنا التفاوت بين السرجهين دون التفاوت بين السرج والاكاف في الصورة والاتفاق المطلوب منهما أمان حق الاضرار بأدابة قاله في تفاوت بين سرج الجرو وبين أكاف يوكف به الجرو قل من التفاوت بين سرج الجرو وسرج البراذين والضمان حكم يتعاق بالضرر (قوله لانه للحمل والسرجه للركوب) اشارة الى المخالفة المعنوية (وقوله وكذا ينسب الخ) اشارة الى المخالفة الصورية فتحة الخالفة تصورية ومعنى فيضمن كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الحفظ لوجود المخالفة صورية ومعنى أما صورته فظاهر وأما معنى فلان

في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج متوينا والاكاف ستة أمناه يضمن ثلثي قيمته أو اليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بماله الجركان هو والسرجه سواء فيكون المالك واضايه الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالأزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يخيصة أن الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرجه للركوب وينسب أحدهما على الظاهر أكثر من الآخر) فصار كالوهمي حنطه وحل بوزن شبر غير افانه يضمن لان الشبر ينسب على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما إذا جمل الحديد وقد شتر طه الحنطة) فيه نظرا لانه عكس مانحن فيه من المثال الا اذا جمل ذلك مثالا للحجة لانه فقط من غير نظرا الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر رجلا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلمه غيره) فلا يتخلو ما أن يكون ماسلكه كما يماسلكه الناس أولا فان كان الاول فالما أن يكون بين الطرفين تفاوت بأن يكون أحدهما أوعرا وأخوف أو نحو ذلك أولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذا ذلك غير مفيد وان كان الاول ضمن لحجة التقييد لكونه مفيدا فان قيل بمحمد أطلق الرواية (٣٣) لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ

كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الخطة قال (وان استأجر حمالا ليعمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذ لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقيد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقيد فان التقيد مفيد الآن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد فصارت في الغار (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لتعشش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطب اضر بالارض من الحنطة لا تنشأ عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شريف ضمن ما نقصها (ولا اجر له) لانه غاصب لا رضى على ما قررناه قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخطه فيصايرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما) قيل معناه القدر طغ الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على الحلاقة لانهم ما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه فيص من وجه لانه بشد وسطه فن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد ويتقعه به ارتفاع القميص بخلاف الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الطرفين شاء الا انه يجب اجر المثل اقصو وجهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات العائدة على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير

(٥ -) (تكملة الفتح والكفاية - ثامن)
 عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الأوازم يدل على تنافي الملزومات وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويستفيع به انتفاع القميص) يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله (لنقص وجهه الموافقة) لأن صاحب الثوب ورضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون (قوله لأن صاحب الثوب الخ) أقول لتعليل لقوله يجب أجزا المثل بعد ما علل بقوله لنقص وجهه الموافقة

القباه والباقي ظاهر * (باب الاجارة الفاسدة) * تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيتها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد المبيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منها حايث قبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وانما جعلت للام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كرايت لسياق الكلام ودفعه لما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بالغ في النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى قاضيتان

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى (٣٤) لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ * (باب الاجارة الفاسدة) * (قوله وانما جعلت

اللام في قوله في
الاجارة الفاسدة لا عهد كما
رايت لسياق الكلام ودفعه
لما قبل الاقل من الاجر
والمسمى انما يجب اذا
فسدت بشرط أما اذا فسدت
لجهالة المسمى الخ) أقول
وان كان بعضه معلوما وبعضه
غيره معلوم كما اذا استاجر الدار
أو الحسام على أجرة معلومة
بشرط أن يعمرها أو يرميها
وقالوا اذا استاجر الدار على
أن لا يسكنها المستاجر
فسدت الاجارة ويجب عليه
أن يسكنها أجر المثل بالغاما
ما بلغ كذا في شرح الزبائي
فتأمل اذا كان الحال
ما سمعت هل يندفع مادة
الاعتراض بجعل اللام
للعهد قال في المحيط البرهاني
اذا تسكرى دار من رجل
سنة بما تدرهم على أن
لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه
شرط في الاجارة ما لا يقتضيه
العقد ولو اجر فيه منفعة
فانه اذا لم يسكن فيها المستاجر
لا يعتق بمرأى الوضوء والمخرج
واذا سكن يعتق وأصلح

لا يكون ذلك مناطا للاتفاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدى المستأجر بالتجاوز
عن المسمى في حكم تعدى المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الاتفاق
واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فاصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في
الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشرر وح على ما نقلناه آنفا
(قوله كما اذا حل الحديد بشرط له الخنطة) قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا
اذا جعل ذلك مثالا للخنطة فقط من غير نظر الى الانسباط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله
صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قد وزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر
ما تأخذ الخنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله بنا في ما ادعاه فان الحديد الذي
هو قدر وزن الخنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الخنطة المشروطة تعين العكس حيث
كان ما جله المستاجر على الدابة هو الحديد اقل انسباطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الخنطة وقد
كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الاكاف أكثر انسباطا مما عين له في العقد وهو السرج
وهو عكس ذلك لا محالة * (باب الاجارة الفاسدة) *

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيتها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة
الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر المثل ومن
حيث دفع الحر والبرء أو ستر العورة وسلك واحد منهما كمن وذيل وذخريص (قوله للاتفاق في أصل
المنفعة) وهو اللبس والستر والله أعلم بالصواب

* (باب الاجارة الفاسدة) *

(قوله الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) مثل أن يستأجر رضى ماء على أنه انقطع الماء فالاجر
عليه لان هذا الشرط يخالف لوجب العقد فوجب العقدان لا يجب الا بالتمكن من استيفاء الماء المقود
عليه وكل شرط يخالف لوجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تثبت على المضايقة والمما كسنة ففسد
بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى ان الشكاح لما بنى على المسامحة والمساهلة
لا يفسد بالشرط (قوله لا يجاوز به المسمى) أي الواجب الاقل من أجر المثل ومن المسمى وهذا اذا كان فساد

وقال

ذلك على الاستحرف كان لا جرم فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتفاق في شرح قوله ومن دفع

الى حائل غزلا ليشربه بالصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها ففسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما
ما بلغ يزداد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيتان انتهى ولعل وجهه
أن العاقد من لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو
التقليد وهي التمكن كما سيجي وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فانه المنع المحسوس من العباد وقد مر فاذا سكن فقد
استوفى منافع ليس في ماله ما يبدل فيجب أجر المثل بالغاما بالغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى

وقال زفر والشافعي يجب بالغام بالغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد والحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الآن الفاسد تتبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد سقطت الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى افساد التسمية

المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسدا لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغام بالغ كصرح به في النخبة والغنى وقتاوى فاضحان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسباق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغام ما بالغ نقله في النهاية عن النخبة والغنى وقتاوى فاضحان اه كلامه (أقول) فيه شيء أما أول فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسباق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقين ووقع بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سباق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في صحيح كلام القدوري وأما ثانيا فلانه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى ما ذكره لمزم أن يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متر ولا ذكره بالكاية غير مبين أصلا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعبران وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة وأما ثالثا فلانه ان اندفع يجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قبل على الوجه الذي ذكره رد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه أجر المثل بالغام بالغ كما اذا استأجر دارا أو حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرميها المستأجر فان الواجب على المستأجر هناك أجر المثل بالغام بالغ مخرج به في فتاوى فاضحان وغيرها وذكر في النهاية أيضا نقلا عن فتاوى فاضحان الى غير ذلك من النظائر التي صرح به في المعبران فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى ثم أقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور ليس للعهد كما زعم صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وأنه لا حاجتنا الى تعديد الحكم المذكور بانه إما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسدا لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كاذب اليه جهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن

الاجارة بسبب شرط فاسدا لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية أما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغام بالغ كما اذا استأجر دارا على دابة أو ثوب أو آجر منه دارا ليسكنها بعترته على ان يعمرها ويؤدي ثوابها فان تم يجب أجر المثل بالغام بالغ (قوله قلنا ان المنافع غير متقومة بنفسها) لان التقويم يستدعي سبق الاحراز وما لا يبقى كيف يميز رزوا وما صارت متقومة بما يترعا بالضرورة وحاجة الناس اليه فيكتفي بتلك الضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبسح للصحيح فلا يفرده حكم ولاية لما كان تقوم المنافع بالعقد فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقه بالاجارة الصحيحة لكونها تابعة لها والبيع يشبه بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروط بما له دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح خرج فالحقناه به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو أجر المثل وهذا بيان ان المعبر في الفاسد المثل وقوله ولكنهما اذا اتفقا بيان انه لا يتراد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد سقطت الزيادة فالاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاءه بسقوط الزيادة وعدم تقوم

وقال زفر والشافعي رهما الله يجب بالغام بالغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بالغت وهذا بناء على أن المنافع عنده كالايمان ولنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحة فيكتفي بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الآن الفاسدة تبسح للصحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر أجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغام بالغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغام بالغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من أجر المثل بالمسمى بدون الانتفاء فعند الانتفاع أولى فليقدر والله الهادي (قوله بالغام بالغ) أقول لا انتفاع المرجع ثمة قال المصنف (لان الفاسد تبسح له) أقول ينبغي أن يكون ههنا مقدمة مطوية مثل أن يقال ولا يلزم عدم اعتبار الفاسد في بعض النسخ الآن الفاسد تبسح له وهذه النسخة ظاهرة

والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو أي القيمة هو الموجب الأصلي وانما ذكره لئلا يظن كبر الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جلة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الأصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جلة الشهور مجعولة والبعض منها غير محصور وكذلك ومحصورا ترجع بلا مرجح (والواحد ٣٦) منها معلوم متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض

الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقص بمحض الاختلاف في المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضر بسلامة خلاف وجه ذلك مذكور في المطولان (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للمؤجر أن يخرج به الى أن ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القصدوى (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يسبق الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلغا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يمل فيها الهلال فكما أهل مضي رأس الشهر

بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو أي القيمة هو الموجب الأصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جلة شهور معلومة) لان الأصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكأن الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جلة شهور معلومة تجاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر أن يخرج به الى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقدمال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج قال

الواجب في الاجارة الفاسدة أجزاها المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك أجزاها مسمى أو كان المسمى مجعولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيبلغه أو يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجزاء المثل فصار المخلص المغنى أن الواجب في الاجارة الفاسدة أجزاها المثل الآن يكون هناك مسمى معلوم حينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجزاها المثل بالغاما بل ان لم يكن هناك مسمى معلوم وجوب الأقل من أجزاها المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن السراج جعلوا وجوب الأقل من أجزاها المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيه ما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجزاها المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالسكنى في الكتاب ولا يلزم شئ من المذورات فتأمل وكن الحاكم القيسل (قوله) ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قاتلو كان فاسدا الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول لشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر الآن عقدتها قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكون في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيحه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علمته في الحال وهي العقدان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلو لم يجز الفسخ قبل أو ان الانعقاد لم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا بعد أو عيب قبل استيفاء المنافع بنسائها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما مر جوابه فاطمة وسيجيء في الكتاب (قوله) واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال في المحيط البرهاني وفي

المنافع في نفسها (قوله) لان الأصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد) لانه لا يمكن تبصير العقد على جلة الشهور بل على ما لا على ما بين الأدنى والكل لعدم أولويه بعضهما فمبين الأدنى

والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيئ عوقته وكلاهما لا يجوز ذلك والذلك طرفا لا تتمهما يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخ العقد رأس الشهر فيفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذلك فسخه

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجعول (قوله ومحصورا ترجع بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتبارها ترجع بلا مرجح (وان)

(وان استأجروا سنة بعشر دراهم جازوان لم يمين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم
فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يمين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة محاسبي وان لم يسم شيئا فهو من
الوقت الذي استأجره

الاصل اذا استأجر الرجل جرسا من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز واسكل
واحد منهما ان ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني
واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما
عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة لانه اذا جاء الشهر الثاني ولم ينسخ كل واحد منهما الاجارة
في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة
جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد وجهه انه في الكتاب بدل عليه وانما جازت
الاجارة في جوارء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر وانما ثبت الخيار
لسكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في جوارءه على الشهر الاول لنوع ضرورة بيناهم ان
موضوع الاجارة ان لا تزال الرقبة مستأجرة عن ملك المؤجر ولا يتجملها ملكا للمستأجر ومضى لم يثبت الخيار لسكل
واحد منهما رأس الشهر لزل رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معني لانه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا يهبها أبدا
الدهر لانه لا يملكها بجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذا الضرورة كان لسكل واحد منهما الخيار بين الفسخ
والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفي جوارءه على الشهر وقال الأبا المشايخ بعد
هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لسكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة
عبارة عن الساعة التي يمل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضى وقت
الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يحن وقته والصحح في هذا أحد الطرق الثلاثة ما أن يقول الذي يريد
الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهور واذا انقضى الشهر وأهل
الهلال على الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نقاذ في وقته والفسخ اذا لم يجد نقاذ في وقته يتوقف الى وقت
نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبدا على
انه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بمك الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحوى في مدة
الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضارب يتصرفه بفسخ الفسخ للمال بل
يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ
في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس
الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يمل فيها
الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لسكل واحد منهما ان ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث
الحقيقة وهو الساعة التي يمل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي
يمل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضي حق فلان رأس
الشهر ففقه في الليلة التي يمل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحسانا الى هذا اللفظ المحيط وهكذا ذكر في
الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول
والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الأئمة في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في
الاصل ولسكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيان قال في فتاواه رجل آجر داره
أو حانوته كل شهر بدرهم كان لسكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم
كان لسكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ
لسكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على
أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وانثيره في

(فان استأجروا سنة بعشرة
دراهم صح وان لم يمين قسط
كل شهر من الاجر لان
المدة معلومة بدون التقسيم
فصار كاجارة شهر واحد
ويعتبر ابتداء المدة بما
سماه) بان يقول من شهر
رجب من هذه السنة مثلا
(وان لم يسم شيئا فهو من
الوقت الذي استأجره

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكروا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب (كافي الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعيينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يتعين لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بمجعل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزمه (٣٨) وربما لا يقترن ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) على بناء المفعول أي يبصر

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمجعل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور والسنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام بصارها بياضه ورواها الضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدم في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجاهلة

ذلك الطريق يقر أيضا عند أن ينقض الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالغسغ فيها في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أو ترديد الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريق يقرين الزبورين وان كان ينبوعه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكبير منكر الا أن لكل واحد منهما اختيار الغسغ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنتز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير تكبير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو وجوب القياس والقياس دليل قطعي لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيها نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما من قبض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه له ذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما ولا فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منكور ومع أن الجواب مختلف والصواب في تعاميل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة فلا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعديل هو الغارق بين المسائلين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمجعل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد

(فشهور والسنة كلها بالاهلة) لانها الاصل في الشهور العربية بينهما كان العمل به تمكينا لا يصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلاثا وتسعين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام بياض البياض ورواها الضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولا ي) حقيقة أن تمام الاول واجب ضرورة تسجيته شهورا ونظاما انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقدم في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حواله غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة روجه بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يعرف الطلاق وما يتعلق به وهو

(قوله فاشبه اليمين) بان حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من يوم حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص الشهر في بعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك (قوله لانها هي الاصل) أي لان الاهلة أصل في الشهور وقال الله تعالى ان الله تعالى هو الذي يقرر مواعيد للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لربكم وأطروا لربكم فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وانما يصار للبدل اذا تعذر اعتبار الاصل (قوله) ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) وقد ذكره

سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمنوسن بالاهلة وهو مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) استحجار الحمام والحمام وأخذ أجرة حماما نزل أما الحمام فالحرم بان العرف بذلك والقياس عدم الجواز (قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك الاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مناع فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحجام أخذ ابظاها قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فكره اتخاذ الحجام للنساء لانهم نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبع أجرة الحجام وكره كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والخفي رجهما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البقي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجام الخفجة وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل

(٣٩)

بأس بالدخول ولا كراهة في غلته كإلا كراهة في غلة الدور والخوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإنه رجع من الانصار فقال ان رجلا من الانصار قال ان لي ناهضا وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأناه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة (ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفعل) أي ضرابه (وهو أن يؤجر فلا لينزوع على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجهاه وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستجار الظفر

للاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا قال (ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس) وهو أن يؤجر فلا لينزوع على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد أخذ الاجرة عليه قال (ولا الاستجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجار عليه عندنا وعند الشافعي ورجه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة

به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الاولى من الشهر اه كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعاً وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسير السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقوله سم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقبتي وهو اول الليلة من الشهر لانه

بعض العلماء ذلك أخذ ابظاها قوله عليه السلام الحجام بيت الشيطان ومنهم من كره اتخاذ حجام النساء لانهم نهين عن الخروج وأمرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قلما يتخلعن فتنه والصحیح أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه خصوصاً في ديارنا والحاجة في حقهن أظهر اذ يحتاجون الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال (قوله وأعطى الحجام الاجرة) ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كإيجال كل الحرام لا يجمل دفعه لغیره ليا كل وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ بغيرنا (قوله وان من السحت عسب التيس) أي كراه عسب التيس فإنه أخذ المال بمقابلته ما مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه ياتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه وهو يبتنى على نشاط الفعل أيضاً (قوله والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم) أي يختص بجملة الاسلام اما

للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فإنه لا يجوز استجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فلا) أقول كان المصنف يريد ان في الكلام مجاز حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كاطلاق المرسن وإرادة مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عسب الفعل أي ضرابه وهو أن يؤجر فلا لينزوع على الاناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فلا لينزوع على أن العسب بمعنى الاكراه على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافته لاجرة الى العسب يقتضي أن يكون العسب بمعنى الضراب فقوله المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الاجرة عليه) أقول أي المراد من عسب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العسب الكراهة الذي يؤخذ على ضرب الفعل ونهي عن عسب الفعل تقول عسب فلان يعسبه أي اكراهه وعسب الفعل أي ضربه ويقال ماؤه

والسلام اقرؤ القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص
وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر أهليته
فلا يجوز له أخذ الا من غيره كفي الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم
ويكون ملتزما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه
ظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضيق حفظ القرآن وعليه الفتوى

(و بعض مشايخنا) يريد به
مشايخ بلخ وجههم الله
(استحسنوا الاستنجار على
تعليم القرآن اليوم) يعني
في زماننا وجوزوا له ضرب
المدة وأفتوا بوجوب المسمى
وعند عدم الاستنجار أو عند
عدم ضرب المدة أفتوا
بوجوب أحوال المثل (لانه ظهر
التواني في الامور الدينية
ففي الامتناع تضيق حفظ
القرآن) وقالوا انما كره
المتقدمون ذلك لانه كان
للمعلمين عطيات من بيت
المال فكأنوا مستغنين عما
لا بد لهم من أمرهم عاشهم
وقد كان في الناس رغبة في
التعليم بطريق الحسبة ولم
يبق ذلك وقال أبو عبد الله
الخيار خرمي يجوز في زماننا
للامام والمؤذن والمعلم أخذ

كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر - وهذا نظير ما قالوا في المسئلة
الاولى لم يرد محدرجه الله برأس الشهر في قوله اكل واحد منهما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث
الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي
يهل فيها الهلال وبومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القرية متى حصلت وقعت عن
العامل الخ) أقول ينقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر
المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخنعمية فانه عليه
الصلاة والسلام قال فيه حج عن أبيك واعتبري فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال صاحب
الكافي في تهرير هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا
ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الأصل ان الانسان له أن يجعل
ثواب عمله لغيره لانه كان أو صوما أو صدقة أو غيرهما عند أهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته من أقر بوجدانية الله تعالى وشهد له
بالبلاغ فجعل ثواب تغية إحدى الساتين لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا
بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل
في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفة المتعلم
والفهم وان أريد ان المعلم أيضا مدخل في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المعلم مالم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهم
مالقنه لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي ياترزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل
الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كالا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان
بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير
قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفي التغاير الاعتباري لنا ذلك في
اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا
استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضيق حفظ
القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل

اذالم تختص بها فيجوز كما اذا استاجر ذريعا على تعليم التوراة يجوز لان تعليمها لا يختص بجملة الاسلام كذا
في القواعد الكرماني وقوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما لا يقدر
على تسليمه فلا يصح والقياس بابي جواز الاستنجار على تعليم التوراة أيضا الآن يكون المراد منه أنه اذا
استاجر على تعليم التوراة أو علمها المستاجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر وان علمه (قوله
في كل ما لا يتعين على الاجير) هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه حينئذ لا يجوز
استنجاره بالاجماع (قوله ولهذا تعتبر أهليته) أي أهلية العامل وبعتبر نيته لانه حينئذ لا يجوز
الماوراء الى الأمر بشرط نيته الأمر وأهليته كفي الزكاة فان شرط نيته بشرط نيته الأمر وأهليته حتى لو كان
الأمور كائنا يصح أداء الزكاة لان المؤدى هو الأمر وهما بخلافه فعلم به ان المؤدى هو الأمر (قوله
وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن) وهم أئمة بلخ فانهم احتاروا قول أهل المدينة وقالوا

الاجرة ذكره في النخبة (ولا يجوز الاستعجار على سائر المالا هي لانه استعجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد) فانه لو استحققت به لكان
جواب ما يستحق المربة عقبا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا
من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقال لا يجوز لان
المشاع له منفعته لا يجب أجزا المثل) وادله منفعة مرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان مقتضى موجوده (والمانع) وهو عدم القدرة
على التسليم (متفلا لانه يمكن بالتخلية أو بالنهاية فصار كما إذا آجر من شريكه أو من (٤١) رجلين وصار كالبيع ولا ي حنيفة أنه

آجر ما لا يقدر على تسليمه)
ويمكن توجيهه على وجهين
أحدهما أن يكون معارضة
وتقرر به آجر ما لا يقدر على
تسليمه (لان تسليم المشاع
وحده) سواء كان محتملا
للقيمة كالدار أو لا كالعبد
(غير متصور) وما لا تصور
تسليمه لا تصح اجارته لعدم
الانتفاع به والاجارة عقد
على المنفعة فيكون دليلا
مبتدأ من غير تعرض الدليل
الخصم والثاني أن يكون
مانعة وتقرر به لا تسلم انتفاع
المانع فانه آجر ما لا يقدر
على التسليم وعدم التسليم
يمنع صحة الاجارة وقوله
(والتخلية) جواب عما قال
والتسليم يمكن بالتخلية
ووجهه أن التخلية لم تعتبر
تسليم الذات حيث اعتبرت
بل تكونها فكيف (وهو)
أي التمكن هو (الشغل
الذي يحصل به التمكن)
فكانها اعتبرت له وهو
وسيلة الى التمكن (والتمكن
في المشاع غير حاصل) فغات
المعلول واذا فات المعلول
لاعتبر بالعلة (بحلاف
البيع) فان المقصود به ليس
الانتفاع بل الرقبة ولهذا

قال (ولا يجوز الاستعجار على الغناء والنوح وكذا سائر المالا هي) لانه استعجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) وقال اجارة المشاع جائزة (وصورته أن يؤجر
نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما أن المشاع منفعة ولهذا يجب أجزا المثل
والتسليم يمكن بالتخلية أو بالنهاية فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا ي حنيفة أنه
آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليمه ولو قوعه
تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما النهاية
فانما يستحق حكم العقد بواسطة الملك وحده العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء

الثالث المار بـ أن نفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تملك المنافع بعوض في الاستعجار على تعليم القرآن
ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استعجار الاستعجار في هاتيك
الصور وصحة استعجانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كالا يخفى فليتام في دفع هذا الاشكال القوي لعله ما
تسكب فيه العبارات الا أن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما النهاية فانما يستحق حكم العقد بواسطة الملك

ان المتقدمين من اصحابنا شواهد الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة
ومروءة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط وأما في زماننا فقد انعدم المعنىان جميعا فنقول
يجوز الاستعجار كالاتي لا يتعمل هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الدورات ألا ترى ان النساء كن
يخرجن الى الجاعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأي بكر رضى الله عنه حتى منعن من ذلك عمر
رضي الله عنه وكان ما رواه ابوابا وكذا يفتي بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام خير اخري في زماننا
يجوز للامام والمؤذن والعلم أخذ الاجرة كذا في الروضة (قوله والمعصية لا تستحق بالعقد) لان عقد
الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المربة شيء يكونه عامسيا شرعا كالتصوير
المعصية مضافة الى الشرع (قوله ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة ترجمه الله تعالى) أي فيما يحتمل
القسمية وما لا يحتمل صورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك أو يؤجر
نصف عبده أو داره أو دابته (قوله وقال اجارة المشاع جائزة) وفي المعنى القوي في اجارة المشاع على قولهما
(قوله ولهذا يجب أجزا المثل) أي عند أبي حنيفة ترجمه الله في المشاع فهذا دليل على ان للمشاع منفعة فاذلوم
يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استأجر جحشا أو أرضا سبعة (قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده
لا يتصور) لان تسليم النمايتهم بالقبض والقبض أمر حسي وهو لا يرد الا على العين والمشاع غير معين (قوله
والتخلية اعتبرت تسليمه ولو قوعه تمكينا) جواب عن قولهما والتسليم يمكن بالتخلية وهو ان التخلية اعتبرت
تسليمها اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل به التمكن والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر
فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن بتمسك البيع والاعتق وغير ذلك (قوله وأما النهاية فانما يستحق
حكم العقد) لان النهاية انما يستحق حكم الملك المنفعة وذلك المنفعة حكم عقد الاجارة وكونه مقدورا للتسليم شرط

(٦ - تكمله الفتح والكفاية) - (٦ - ثامن) (قوله لكان وجوب ما يستحق المربة عقبا) أقول قوله عقبا مفعول يستحق
(قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقرر به آجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده
(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شيء قوله
وتقرر به لا تسلم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من من قبيل المبالغ في السند قال المصنف (وأما النهاية
فانما يستحق حكم العقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانما يقول ان التما هو القدرة على التسليم بل يقولان يستحق

سازيم الجش فكان التمكن بالتخليه فيه حاصل وقوله (وأما التهاؤ) جواب عن قوله ما أو بالتهاؤ وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لا تنفذه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وقوله (٤٢) (وبخلاف ما إذا آجر من شريكه) جواب عن قوله ما أو بالتهاؤ وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لا تنفذه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وقوله (٤٢) (وبخلاف ما إذا آجر من شريكه) جواب عن قوله ما أو بالتهاؤ وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لا تنفذه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً

سابقه ولا يعتبر المترأخي سابقاً وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالشكل يحدث على ملكه فلا شيوخ واختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم الى قوله ولا يعتبر المترأخي سابقاً هذا جواب عن قوله ما أو بالتهاؤ وحاصله ان التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متنفذ لا تنفذه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهاؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية ما في الهداية فيان قال فيه بحث فانهم عالم يقولان التهاؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكأن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهاؤ ما على ما في العناية فيان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدد منه اه (أقول) كل واحد من حاشا قطعاً أما الأول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس ينبغي على أن يكون مدار ما قاله صاحبه على أن التهاؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بان عالم يقولان التهاؤ هو القدرة بل قال يتحقق التسليم به بل ذاك مبني على أن قوله ما أو بالتهاؤ في قوله ما والتسليم يمكن بالتخليه أو بالتهاؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهاؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهاؤ بل ثبوت القدرة على التهاؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المترأخي سابقاً ولا يغاير عليه أصلاً وأما الثاني فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كافي الاستدلال من الأثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا شك عاقل في أن ليس معنى قوله التسليم يمكن بالتخليه أو بالتهاؤ أن يكون العلم بامكان التسليم بالتخليه أو بالتهاؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أي القدرة عليه بالتخليه أو بالتهاؤ وما نحن بصدده جواب عن قوله ما ذلك فكان المراد به أيضاً ما ريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعاقب العقد وشرط الشيء نسبه وحكم الشيء يعقبه أو يقارنه فلا يصلح شرطاً لجواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطاً وهذا لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرطاً فلا يصح أبداً (قوله وأما إذا آجر من شريكه فالشكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) لان المقصود من الاستتجار الانتفاع والمنفعة هي المقعود عليها واستيفاء المقعود عليه على الوجه الذي استحققه بالعقد بتأني ههنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفياً لمنفعة نصيبه ملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة والاختلاف في النسبة لا يضره وهو ظهير ببيع الأبق من في يده يجوز لكون التسليم مقدوراً عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوخ هناك ينعدم المقعود عليه وهو الحبس الدائم اذ لا تصور له وفي هذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوخ لا ينعدم المقعود عليه وهو المنفعة بل انما ينعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وبخلاف الهمة فالشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء (قوله على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه) فاعله كالرهن على هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأني الا بغیرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد الاجارة كمن استأجر أحد زواجر المقراض لمنفعة فريض الشيا لا يجوز لان استيفاء المقعود عليه محال يتناولها العقد لا يمكن الا بتمام يتناولها العقد (قوله وبخلاف الشيوخ الطائري) بان آجر المقصود على أن تمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله (وبخلاف الشيوخ الطائري) ليست

التسليم به فكأن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهاؤ قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدد منه (قوله وأجيب بان المراد بالشيوخ جمع التسليم وهو المقصود فبان فيه الخ) أقول فيه نأمل قوله لانه في الشائع خبره ورأى (أقول فيه بحث)

بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فله تبقى الاجارة في نصيب الحى شائعاً في ظاهر (لان رواية القذوة على التسليم ليست بشرط البقاء) لان القذوة لجواب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعنى ظاهر الا أن يجعل تعهيد الجواب عن قوله ما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) فان قيل لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد (٤٣) ساعة فساداً يجب بان بقاء

الاجارة له حكم الابتداء من وجهه لانها عقد لازم فلا يكون مقارناً وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول للبقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطارئ انما هو على التسليم لاعلى العقد وذلك بما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق بظاهر) أقول خبر بقوله وقوله وبخلاف الشيوع الخ (قوله) الآن يجعل تعهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب للماعى يستدل به الامامان على مدعاهما بوجوب الاجارة في صورة الشيوع الطارئ بان موت أحد المؤجرين بعدما أجزاوا الهامان وجعل مشلاوا لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أنه نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذى يكون للبقاء فيه

ليست بشرط البقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

ظاهر الا أن يجعل تعهيد الجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال برده على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القذوة على التسليم هناك أيضاً ولا شك ان لهذا تعلقاً بظاهر ما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تعهيداً لما بعده (قوله) وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ) قال ناج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانهم اعقد مضاف بعقد ساعة فتفكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجهه دون وجهه لانها عقد لازم فلا يكون مقارناً اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجهه لانها عقد لازم فلا يكون مقارناً وقال وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذى يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء بقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول للبقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسداً ما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجهه أو الى مجموع قوله من وجهه دون وجهه من حيث هو مجموع الى قوله من وجهه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه برده كما ترى فعنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجهه دون وجهه لانها عقد لازم فان العقد الغير لازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجهه لم يكن الشيوع مقارناً للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارئ كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارئ والمقارن من الوجه الثانى دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدر أن الجواب حينئذ لا يكون دافعاً للسؤال أصلاً بل يكون مقوياً له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثانى فلان ثبوت البقاء للعقد الاجارة بمالم ينزع فيه أحد فان الاصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعاً ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذى يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد فى حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوماً متقرر فى صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكرهنا فى الكافي وكثير من الشروح وهوان الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بان آجر رجلان من رجلين ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد فى حق الحى فى رواية الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا فى معنى الشيوع المقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الحى لان تجدد الانعقاد فى حق المعقود عليه فاما أصل العقد فتعقد لازم فى الحال وباعتبار هذا

حكم لابتداء) أقول اعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء فى جعل المعقود عليه الغير المستأجر وقوله لانها عقد لازم يريد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازماً فيكون ذلك انعقاداً باقياً حكماً كفى سائر العقود وقوله من وجهه يبنى الى ما ذكرنا أيضاً فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما الخصم يقول للبقاء للعقد فيها) أقول لا مذهب لكلام الخصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطارئ انما هو على التسليم لاعلى العقد) أقول بوضوح أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين فمات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة فى حق الحى وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بغيره الصبي في الثوب وقيل ان العقد يقع على

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن بنفسى بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في العقود على فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تباع كالصبي في الثوب وهو اختيار صاحب النخبة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تباع والمعهود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا أوضعت

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

المعنى الشروع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كافي الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها اه ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتبسم (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بغيره مالوا واستأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب ابنها لكن جوازها استحسننا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر مبانغا للصبي له الثوب فانها جائزة طريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل العباغ والصبي يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردا على استهلاك العين مقصودا به هذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هذا عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في النخبة الى هذا اللفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركيك بل مختلف لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن يقع كالصبي في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها لكن جوازها استحسننا فذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يهمل على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجب في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور وعلى أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرر رتبته كإلهو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرفنا من تقب (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاول أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كلب الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز اه وقصد به بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة اه (أقول) ليس ذلك بتمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة فيروا يتهوى التي اختارها في الكتاب فيها مروعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي

في نصيب الآخر شائعا وهذا هو ظاهر الرواية فان مات أحد المستأجرين حتى يطل العقد في نصيبه فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد العقد في حق الآخر لان الاجارة بتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع يقترب بالمدق وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الآخر لان تجديد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد فنقعد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كافي الهبة اذا وهب له جميع الدار وما لها ثم رجع في نصفها وبخلاف ما اذا أخرج من رجلين فان تسليم المعقود عليه كإلهو وجه العقد مقدور عليه للمواظبة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه وانما وجب أجر المثل اذ اسكن لان الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض الالف ملكها بحكم العقد الفاسد (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد به الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى

بلين شاة لا تسحق الاجر بين ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها وعديين العذر عن الارضاع بلين شاة وتجب صاحبها ان يثمن اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الاثمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مسداده قوله لانه (١٥) هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو

الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا ينشأ له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة كلامه

اللبن والخدمة تابعة ولهذا الوارضة بلين شاة لا تسحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنين العذر عن الارضاع بلين الشاة ان شاء الله تعالى

رواية واحدة وكذا في المبثوثة في رواية اه فتدبر (قوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) ا لقول الاول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الاثمة السرخصي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فبيع فيه لان اللبن عين والعين لا تسحق بعقد الاجارة كلب الانعام ثم قال والاصل أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فإنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة كلامه وتجب صاحبها ان يثمن اختيار المصنف ما عرض عنه الامام الكبير شمس الاثمة السرخصي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مسداده قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا ينشأ له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر اذ لو لم يكن كان فحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه (أقول) شاة كلامه ليست ببعضه اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية لعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا يرى أن الصبي في التوب يستحق بعقد الاجارة تبعاعه أنه لا يجوز بيعه قطعا ثم ان للشارح العيسفي ههنا كحاشات كثيرة من خوف ذكرها تنقو يتماذهب اليه شمس الاثمة السرخصي وردا على صاحب العناية ما ذكره في ردده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلاما يبين حالها التزمنا اللطاب بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر نبذان أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الاثمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجازتها كالعارية لمن ينفع بالمنافع ثم رده والعريته لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم ردها والمنفعة لمن يشرب لبن الشاة ثم ردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم

ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى (قوله والاول اقرب الى الفقه) وقيل ان العقد على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الاثمة السرخصي

(قوله وهو تقليد صرف) قول يعنى شمس الاثمة (قوله فجعل العين المربية) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد طرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع

حقيقته ولو لم يكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا ينشأ له) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تسحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا ينشأ له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا والظاهر أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كفى الصبي

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة باحد الطريقتين (صحبت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها (١٦) حيث صدر الحكم فاستدل فمافائدة هذا الكلام قالت أثبت جوازها بالكتاب والسنة

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لأن الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها الخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تنقض إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الاطلا رشفقة على الاولاد فصار كبيع قنبر من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تنقض إلى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها واذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه

ما تبقى ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يميز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تملك المنافع بعوض دون تملك الاعيان فان تملك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبسته وما ذكره من التظلمات والتشبهات مما لا يجدي شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها المانحين فيسه وأما صورتان الاخرتان فلان المعنى فيهما وان كان تملك الاعيان لا يرد على الاعيان لان شيامن العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزبادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية بغيرها وهذا مع كونه شائعا فيهم ما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبسته حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الا بعبارة محمد رحمه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدر في ذلك قطعا وما الشبهة فيسه الامن الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه نسي ما قدمته يده (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقتين (أقول) فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يمين الطريقتين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريقتين فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الامحالة وفي استيجار الطريقتين يقع على اتلاف العين مقصود اعلی موجب الطريقتين الثاني فكيف يصح اعتبار أحد ههما بالاخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريقتين الاول على الطريقتين الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقتين فناسب ذكرهما متصلا بصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريقتين الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقتين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال بذكر كاتبة الجواب الذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فمافائدة هذا الكلام قالت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس اه تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال (قوله فصار كما اذا استاجرها الخبز والطبخ) أي بطعامها وكسوتها

أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون قوطنة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت باجر معلومة كسائر الاطوار ويطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطلا رشفقة على الاولاد وترفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرها من الاجوات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تنقض إلى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله بجمع عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي

(قوله وقوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة باحد الطريقتين (الح) أقول لو علم مراد المصنف هو الاشارة الى ما صح من اختياره من الطريقتين الاول كما يفهم من المتيسر عليه فليتم (قوله ويجوز أن يكون قوطنة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يابى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة فليتم (قال المصنف

(وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام وهذا أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتباره معناه الاصل فامل قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمى بدل الطعام دراهم لا غير تامل

وهذا لاجتهاله فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان أوصافها
أثمان

ذ كره لا يستفاد من ذلك
اللفظ ولكن يحتمل أن
يكون معناه أي سمي الدراهم
المقدرة بمقابلة طعامها ثم
أعطى الطعام بأزاء الدراهم
المسمية وهو حق ولكن لو
قدر في كلام المصنف لفظة
بدلا بان يقال أن يجعل
الاجرة دراهم بدلا آل إلى
ذلك (وهذا) أي جعل
الاجرة على هذا الوجه
(لاجتهاله فيه وكذا الوسمي
الطعام وبين قدره ولا يشترط
تاجيله) أي تاجيل الطعام
المسمى أجرة (لان أوصافها)
أي أوصاف الطعام بناويل
الحنطة (أثمان) أي
أوصاف أثمان من وجوبه
في الزمة إذا كان ديننا
والأثمان لا يشترط تاجيلها
بغلاف ما إذا كان مساميا
فيه لانه في السلم ميسع وان
كان ديننا فاشترط تاجيله
بالسنة

(قوله ولكن يحتمل أن
يكون معناه أي سمي الدراهم
المقدرة بمقابلة طعامها الخ)
أقول بان يكون المضاف
مقدرا في كلام الجامع أي
سمي بدل الطعام وهكذا
ذكر الزبلي الآن التقدير
لابله من قرينة فتأمل هل
هنا ما يصلح أن يكون قرينة
لذلك

صاحبها نهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي
الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة (أقول) ليت شعري كيف يستفاد هذا
المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعن في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقوله هذا
المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة
لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ أي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره
ان سمي بدل الطعام دراهم كما جله عليه الامام الزبلي جاز أن يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو
قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كائنه عليه الامام
الزبلي حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم
لا غير اه وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي أوله
تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدور في لفظ الجامع
الصغير كان المعنيين متساويين في ان فهم البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم ان فهم البعض الآخر
منهما منه والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف
فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر
في كلام المصنف لفظة بدلا بان يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا آل إلى ذلك اه (أقول) لا يخفى على من له
دربة في ألباب الكلام أن تقديره بدلا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركيك من حيث الأعراب
والمعنى فعليين بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين
لفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية
هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي تامل اه كلامه (أقول)
كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز
فيه ما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أي من ذنب وبعاء الخير أي بقوله وأما في الاستيعاب فلا يجوز ولا هذا الميجز
حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تغفل اياك الاسد لامتناع تقدير من
انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أي حذف حرف الجر ولو لم يتعرض المصنف وغيره
من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته
الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي ولا يلزم الجمع بين معنى التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة
في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر فلا يجوز نزع الم مشترك ولا الجمع بين الحقيقة
والمجاز عندنا على ما عرف في علم الأصول (قوله ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات
الشراح في شرح قوله أوصافها أي أوصاف الطعام على ناويل الحنطة اه (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن المراد
بالطعام في مسئلة هذه ما يعم الحنطة وغيره فكيف يتم ناويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام
والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بناويل كونه أجرة في مسئلة هذه فلهذا ان هذه الاجرة أوصافها
أوصاف أثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سندها كروا والعجب ان صاحب العناية بعد أن قال في
تفسيره قول المصنف ولا يشترط تاجيله أي تاجيله الطعام المسمى أجرة سلك في ناويل ثابث ضمير أوصافها

(قوله ولا يشترط تاجيله لان أوصافها أثمان) يعني ان المكيل والموزون اذا كان موصوفا بغير مشار
يثبت ديننا في المتوالدين تارة بصيرموت جلا وتارة مجحلا كالدراهم والدينارين بخلاف الثوب فانه لا يثبت ديننا
في الزمة الا في السلم ويشترط بيان الاجل في السلم فكذا اذا استاجرها بشباب موصوفة

(و يشترط بيان مكان الايقاع) اذا كان له حل وموئته (عند أبي حنيفة) خلافا لهما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس المستأجر أن يمنع زوجه من وطئها الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعد الاجارة صيانة لحقه ونظر الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه فؤورقة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كإئان للمستأجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبس كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبسها لان لبن الحامل يفسد الصبي فيسكن الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الرجوع الى منفعة الصبي (على الظاهر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعت في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانهم مات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا يجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه فانه انما يجب الاجر لاختلاف العمل (للاستقاء للبن وللهذا الوأجر الصبي بان الظاهر في المدة لم تستحق الاجرة بعلم هذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل (١٨) دون العين وهو اللبن وقوله (انه اختلف العمل) يدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها انه فان قيل الظاهر أجبر خاص أو مشترك أجيب بانها أجبر خاص على ما يدل عليه لغة البسوط قال فيه ولو رضاع الصبي من يدها أو وقع في أن أوسر من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظن لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المسدة ألا يرى أنه ليس لها أن تخرج نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أم حين فبما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشترا كفاها ولو آخرون نفسها القوم آخرون لذلك

وهو انه وفي بعضها انه فان قيل الظاهر أجبر خاص أو مشترك أجيب بانها أجبر خاص على ما يدل عليه لغة البسوط قال فيه ولو رضاع الصبي من يدها أو وقع في أن أوسر من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظن لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المسدة ألا يرى أنه ليس لها أن تخرج نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أم حين فبما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشترا كفاها ولو آخرون نفسها القوم آخرون لذلك

(و يشترط بيان مكان الايقاع) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع) وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير ديناً في الذمة اذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الاجل كفي السلم قال (وليس المستأجر أن يمنع زوجه من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه إلا ترى أنه أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنع عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (هان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبسها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيها لانص عليه العرف في مثل هذا الباب فاجرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظاهر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والرييحان على الظاهر ذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعت في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لانهم مات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا يجار وليس بارضاع وانما يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

مسألة سائر الشراح من التاويل بالخطبة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا يجار وليس بارضاع) في الصحاح لو جرد الدواء بوجع في وسط الفم أي يصب تقول منه وحرث الصبي وأوجرت به معنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا يجار الارضاع فلا معنى لان قول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان أرضعت في المدة بلبن شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرت به بدل وان أرضعت له لهم الأئان يحمل على المشا كناية بلسة مسئلة استبحاروا الظن التي وفيه نظر الارضاع تأمل فان قيل الظاهر أجبر خاص أو أجبر مشترك أجيب بانها أجبر خاص

(قوله لانهم مات بعمل مستحق عليها) وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو أوجر بلبن الظن في المدة لا تستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعلم لا العين كذا في الاوضح واذا دفعت الظن للصبي الى خادمها حتى أرضعته فله الاجر كاملا استحقا لانهم يشترط عليها بشا فلهو نفسه من استأجر قصار اليقصر له ثوبا أو خيطا ليخيه له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعلم بغيره فانه

ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وقرعت أثمت وهذه جناية منها ولها

قال

الاجر كاملا على الغريقين وهذا يدل على أنها تحتملها ما قلنا بانها تستحق الاجر منهما كلا تشبيها بالاجير المشترك وتأنم بما فعلت نظرا الى

(قوله أجيب بانها أجبر خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر كرا المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضني ولدي هذا يكون خاصا وان قدم كرا العمل يكون مشترك كالقياس ما قيل في استبحار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لغة البسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعهما الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتأمل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأنم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجازات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره باجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهر ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأنم انتهى وفي البرازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا وانما ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يواجر نفسه من آخرى مدنها ولو آخرون آخره به لاجرة الثانية أيضا ويطلب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافعه بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائل غرلا ليس بحجة بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استاجر حارا يحمل طعاما بغير منه فلا جارة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى فقير الطعان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو ان يستاجر ثورا يطحن له حنطة بغير من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا

الاجير الخاص قال (ومن دفع الى حائك غرلا ليس بحجة الخ) ومن دفع الى حائك غرلا ليس بحجة بالنصف فلا جارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حارا يحمل طعاما بغير منه لانه في معنى فقير الطعان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن فقير الطعان وهو ان يستاجر ثورا يطحن له حنطة بغير من دقيقه وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجهه فكان ثابتا (قوله وكذلك اذا استاجر حارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال (قوله لانه في معناه من كل وجهه)

على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانهم بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة ألا ترى انه ليس لها أن تخرج نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اه ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان اجرت الظئر نفسها من قوم آخر بن ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهم ما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منهاولها الاجر كاملا على الفريقين اه وجه الدلالة على احتسابها ما انهم لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وأثمت بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما ما قلنا بانها تنسب الى الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تأثم لشبهها بالاجير الواحد هذا ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالته لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانهم بمنزلة الاجير الخاص لا عينه اه (أقول) نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالته قوله فان العقد ورد على منافعتها في المدة وتنويزه بقوله ألا ترى انه ليس لها أن تخرج نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلامهم ما يدل قطعاً على انها أجير خاص لان ور ود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اه (أقول) ليس ذلك الجواب بتمام اذ رد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحققت الاجر كاملا اذا اجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما قلنا عن الذخيرة وذ كرفي سائر المعبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بهذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الأب أوقع العقد وأعلى العمل انما يشك في فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بهذا لانها أجير وحده في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة وألا وليس لاجير الواحد أن يخرج نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول وبانهم ولو جبه في ذلك ان أجيرا الواحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ان يغيى العمل لكل واحد منهم ما يتبناه كفي الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما ما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تأثم لشبهها بالاجير الواحد اه فقد ظهر ان مجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل

يسحق الاجر كذا ههنا بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسه

قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم الخ) المختاتيم جمع مختم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه حتى لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المختاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستحجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يتفرغ منه في أسرع الاوقات والجل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحح العقد ولا يحنق أن (٥٢) المعقود عليه مجهول لتردده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون

المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهة المقضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب الاجير أجره نظرا الى الاول وينعنه المستأجر نظرا الى الثاني فانضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتججيل تحكما لتفاوت الأغراض فقد يكون للتججيل وقد يكون لتكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتججيل وبينها وبين ما اذا استأجر

فلم يصح الخط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستحجال تحكما للعقد وترفع الجهة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان في كل جزء عامل غيره أيضا فلا معنى للحصر وإثبات المطالب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش وأساله انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل غيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تشبيه البحث ههنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التفرق بينه وبين سائر هذه الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله) لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح (أقول) لقال أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعي على ما

(قوله) وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه تفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس وأغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين أحدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستأجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد لافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فله مستأجر أن يقول منافعك في بقية المدة حتى باعتبار تسمية الوقت أو انما ستعمله واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فلا يجبر أن يقول عند مضى اليوم فدانتهى العقد بانتهاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستحجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في اجير الواحد هو أن يقال انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل اذا ذكرهما قبل ذكر الاجرة أما اذا ذكر أحدهما وذكر الآخر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد حتى لو قال استأجرتك اليوم بدرهم على أن تجبرني هذا القعير من الدقيق جاز العقد ما لو قال استأجرتك لتجبرني هذا القعير من الدقيق اليوم بدرهم أو قال

رجلا ليخبره فقير دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع ولفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرحه عن حقيقة التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التججيل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصر الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كاهته على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرط ادل على أن قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح) (أقول) لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعي (قوله) وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم (أقول) ولا بد من الفرق أيضا بينها وبين ما قالوا في مسألة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المسدة والعمل فالاعتبار لا مقدم منهما في كون الاجير خاصا أو مشتركا فليتأمل (قوله) وكذلك بينها وبين الثانية (أقول) في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يعمل

(فصار) حاملا طعاما (مشتراكا ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجران مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة أخرى وهو ما اذا قال اجل هذا الكسر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن نفسد الاجارة لسكونه في معنى قفيرا الطمان ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكسر وقوله (ولا يجاوز بالاخر قفيرا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر حمارا يعمل طعاما بغير منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن (٥١) أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا

في الاحتطاب حيث يجب الاجرا بالغاما بالغ عند عملان المسمى) وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الخط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز زاجره نصف ثمن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجع الآخر وأما اذا احتطب جميعا وجعا جميعا فهما شريكان على السواء

وباى سبب ملكه اه لعل مرادهم في الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقواهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل القرض والتقدير والظاهر ان وضع المسئلة فيها اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجري الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى

فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجران مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال (ولا يجاوز بالاخر قفيرا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند عملان المسمى هناك غير معلوم

الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكسر والثانية أن يستأجره ليعمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كاه ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليعمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاخر ممنوعة اذ معنى الاول أنه ملك الاجير ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتجمل ومعنى الثاني أنه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايقاع شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منه ما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطع ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الجيديد حيث قال وأما في المسئلة الثانية فتقضى ما اذا استأجره ليعمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما ساهم اليه على سبيل التملك النصف الكرم من قبل ان البدل نصف كرم مطلق لا نصف كرم محمول الى بغداد فنصار بتسليم الكسر اليه مجعلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكرم قبل ايقاع شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلا بد أن العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الجيديد الى هنالقة النهاية وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذنبك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم في الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقواهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل القرض والتقدير فيكون الكلام لو وجب الاجري الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملازمه فيكون باطلا فكذا هذا اه كلامه (قوله) لان مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه

وهو ما التزمه في النعمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد ولان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء وانتهاء لا تنعقد الاجارة ولا يجب الاجرا جاعا كما اذا استأجره ليطحن حنطة مشتركة أو يحمل طعاما مشتركا بينهما ههنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينقد بوصف الفساد عملا بالشبهين (قوله) ولا يجاوز بالاخر قفيرا) أي فيما اذا استأجر حمارا يعمل طعاما بغير منه وفيما هو في معنى قفيرا الطمان لا يجاوز بالاخر المسمى المحتاتم جمع مختوم وهو الصاع بعينه

انتفاء ملازمه يكون باطلا فكذا هذا فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجران مامن جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه الخ) اقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يعمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه وسيجيء من الشارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع وتامل فيه قال المصنف (ولا يجاوز بالاخر قفيرا) اقول قال في النهاية نصب قفيرا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضي أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجع

مراده التجميل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذكو رافي الكتاب أنه إذا قال في اليوم صححت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كإمرا في الطلاق فكأنه قال ان علمت في بعض اليوم وذلك يقيد التجميل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فصلاح أن تكون معقودا عليه وتلزم الجاهالة قال (ومن استأجر أرضا على أن يكره الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كإني البسح فان استأجر أرضا على أن يكرهها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذ كره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يشيها أو يكرى أنهارها أو يسرقها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا لانه يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفتان في صفة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالثنية ان كان (٥٣) ردها مكرورة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة لا تنوقف عليه وان كان المراد جهات يكرهها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة ستة واحدة لانه اذا كان في موضع لتخرج الأرض الرابع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لا أحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعتها في العام القابل ونقاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول

المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال (ومن استأجر أرضا على أن يكرهها و يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تنافي لزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفة يكون من مقتضيات العقد فذ كره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يشيها أو يكرى أنهارها أو يسرقها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وما هذا لانه يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفتان في حقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالثنية أن ردها مكرورة ولا شبهة في فساد وقيل أن يكرهها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة ستة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول

صراحه في معتبرات الفتاوى بلاذ كرخلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا لانه يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكرهها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة ستة واحدة) قال الشراح انما قيد بهذين القيد أي بالكراب مرة وبكون المدة ستة لانه

استأجر تلك اليوم لتخبر لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول لما تم العقد بذ كر أحد الشئين اما المدة واما العمل مضمونا الى ذكر الاجرة كان ذ كر الباقي بعده اما التعيين العمل أو للتجميل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لما جع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذ كر الاجرة صلح كل واحد منهما بما لا بالاجر وليس أحدهما باولي من الآخر وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عماله لانه لا ظرف والظرف لا يقتضي استيعاب المظروف فلا يكون ذلك اعلا للمنفعة ولا تصلح المنفعة معقودا عليها حينئذ فيصير العمل هو المعقود عليه (قوله وقد مر مثله في الطلاق) أي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسألة أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار (قوله وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة واحدة) قيد بهذين القيدين لانه لو كانت الأرض في بلدة تحتاج

له كل يوم فقيرا الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذ كر خلاف فن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذ كر في هذه المسائل قيام قوله ما وما ذ كر في ما تقدم استحسن على قولهما اذا لفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت تخبر بان لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجميل) أقول لكونه وصفا مطلقا قال المصنف (لان مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت تخبر بان الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعه الابه (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فمكر به من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

(وإذا استأجر أرضا ليزرعها بزراعة أخرى لا يجوز أصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لأن المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين) أي باجرة هي دين على المؤجر ولولم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه أنك أطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الخنا في مكانك فمسلك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنا في اسم محمد بن كان يذكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا يبرهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء (٥٤) ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء

بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعة في العام القابل قال (وان استأجرها بزراعة أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب لانه أن المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة والى هذا أشار محمد

إذا شرط أن يكره امرأتين في موضع لا تخرج الأرض الربع إلا بالكرب مرتين أو كانت تغرضه بالكرب مرة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز عبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الغضلاء وأنت خير بان الثاني أيضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأخر زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه إذا كانت الأرض تغرض الربع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثاني فلانه إذا كانت الأرض تغرض الربع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأخر الزراعة هناك إلا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الأرض الربع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشرائع ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فلما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلا للمستأجر لانه نفع عايقه والا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى الى تكرار الكرب لتخرج الربع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد حينئذ وكذلك كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعة لا يفسد العقد (قوله بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح) احتراز عن قول من قال بان المراد منها الجداول (قوله لانه يبقى منفعة في العام القابل) هذا دليل الفساد في شرط كرى الانهار العظام (قوله فلا خير فيه) أى لا يجوز أصلا (قوله الى هذا أشار محمد رحمه الله) روى أن ابن سماعة كتب الى محمد لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فقال محمد أنك أطلت

انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدان شيئا فاشيا وأجيب عن الاول بانهما لما أقدم على عقد يتأخر العقود عليه فيموجب شيئا فاشيا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطنا من شبهة الحرمة وقوله نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالاخران به تكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالاخران ثبتت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصعب الباء بقاء العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصعب لفقدانها فيموجب وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز أن

(قوله ولهذا جازت الاجارة بدين أى باجرة هي دين على المؤجر) أقول يعني كان للمستأجر على المؤجر دين أن فاستأجر منه دارا بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت أن السكنى بالسكنى) أقول في الظاهر أن المضاف مقدر أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله) وأجيب عن الاول بانهما لما أقدم على عقد يتأخر العقود عليه فيموجب شيئا فاشيا) أقول الانسب أن يقول يتأخر مقابل العقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بان الذي لم تصعب الباء بقاء العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه إذا أقيم العين مقام المنفعة لم تحقق المحاسة الحرمة للنساء اذا لمجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لو سلم يورث شبهة في الاخران فتتعلق شبهة الشبهة تامل وانما قلت لو سلم لانه يجرى الى مذهب الشافعي ظاهرا (قوله ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصعب لفقدانها) أقول الصريح في قوله لفقدانها راجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقا آخر) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتبع الزامنا على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالإجماع فليتأمل

أن ابن سماعة كتب من بلغ إلى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار
فكتب محمد في جوابه أنك أملت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الخناز فكانت منك زلة أما علمت أن
السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخناز اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في
هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية
وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين
الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأتي غير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن
النساء إنما يشترط في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما
ليس بموجود بل محدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأنهما الما أقدم على عقديتنا المعقود عليه فيه
ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياط من شبهة الحرمة
وفيه نظر لأن في النساء شبهة الحرمة في الخلق تثبت شبهة لا شبهة في العين التي ليست بحرة والجواب أن الثابت
بالدلالة كالثابت بالعبارة في الخلق تثبت شبهة لا شبهة في العين التي ليست بحرة والجواب أن الثابت
مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تنجبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر
وتحقق النساء إلى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول أنه إذا أقيم العين
مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد
لا تتحقق المجانسة بين البديلين إذا لم يجانسا بين العين والمنفعة فلا يجوز جدي في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب
والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الاول لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود
عليه فيما نحن فيه هو العين القائمة مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس
المنفعة لأن التي تناخر وتحدث شيئا فشيئا فكان يدفع فأن قلت المنة وعليه فيه حقيقة نفس المنفعة
وحكم العين القائمة مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا
تناقض بينهما ما قلت في جعل الحكم الاول مرتباً على الحقيقة والثاني مرتباً على الحكم دون العكس فحكم بل
احتمال لفساد المعقود ولم يجعل الأمر بالعكس تنجيباً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب
تصحيح تصرف العاقل مما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى
أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فإن كان لزم النساء وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث لأنه إن أراد بالمعقود عليه الذي رده
ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وإن لم يكن فكذلك لعدم
المعقود عليه غير صحيح لأن ما هو المعقود عليه حقيقة معلوم في كل عقد إجارة ولهذا كان القياس يوجب جوازه
الأن جوازناه حاجة الناس إليه فإتينا الدار مثلاً مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقول
كم في صدر كتاب الإجازات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً لعقد الإجارة قط وإن أراد بذلك ما هو
المعقود عليه حكم وهو العين القائمة مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فإن كان لزم
النساء وهو باطل غير تام لأن النساء إنما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين
القائمة مقام المنفعة لا تتحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفاً واعتراض بعض الفضلاء على قوله
فإن كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يوجب الزاماً على الباحث فإنه يختار هذا الشق
وينزع استلزامه لفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالإجماع فليتامل

الفكرة ولزمتك الحيرة وجالست الخناز وكانت منك زلة أما علمت أن مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى
بالقوهى نساء والخناز اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم
عليها فقال محمد لابن سماعة كانت مجالستك إياه زلة يقال ثوب قوهى منسوب إلى قوهستان كوه ومن كور
فارس والمعنى فيه أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في الحال فإذا اتحد الجنس كان كمبادلة

نسلك طريقاً آخر وهو
أن يقال المدعى أن هذه
الإجارة فاسدة لأن المعقود
عليه إما أن يكون موجوداً
دون الآخر أو لا فإن كان
لزم النساء وهو باطل وإن لم
يكن فكذلك لعدم المعقود
عليه لا يقال قسمة غير حاصرة
لجواز أن يعتبر ما موجود
لأن بطلانه قد تقدم

(قوله لا يقال قسمة غير
حاصرة لجواز أن يعتبر
موجودين) أقول لا يظهر
أن يقال في تقرير السؤال
إنما يستقيم ما ذكرت أن لو
انحصر صدق القسم الثاني
في عدمها وليس كذلك لجواز
أن يكون صدقها بأن يعتبر
وجودها وانما قلنا أن
لا يظهر ذلك لظهور كون
القسمة حاصرة

مبادلة (بخلاف ما اذا
اختلف جنس المنفعة)
كالزكوة والبش والزراعة
والسكنى فان قيل اذا
اختلف الجنس لزم الكالئ
بالكالئ أجيب بانه يتحقق
في الدين والمنفعة ليست بدني
وان قيل اتقي المعقود عليه
منعناه بقيام العين بمقام
المنفعة في حال تعبه الباء ثم
اذا استوفى أحدهما المنافع
وجب عليه أجر المثل في ظاهر
الرواية لانه استوفى منفعته
بحكم عقد فاسد فله أجر
المثل وروى بشر بن أبي
رستم أنه لما شئ عليه لانه
تقوم المنفعة بالتسمية وقد
فسدت قال (واذا كان
الطعام بين رجلين الخ)
واذا كان الطعام بين رجلين
فاستاجر أحدهما صاحبه
أو جارا صاحبه على أن يحمله
نصيبه فحمل الطعام كله فلا
أجر له يعني لا المسمى ولا أجر
المثل وقال الشافعي رحمه الله
له المسمى لان المنفعة عين
عنده وبيع العين شائعا
جارا وصار كالأجير المستاجر
دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليضع فيه الطعام يعني الطعام
المشترك أو عبدا مشتركا
ليخطب الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك)
أقول وعندى لأحاجة في
اتمام الكلام الى جعل
الطعام مشتركا فإنه لو كان
للمستاجر خاصة يتوجه الزام

الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن
يدعي أن تعقيد الطعام بالاشتراك فليتأمل

ولان الاجارة تجوز بخلاف القياس للعاجلة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة
قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمله نصيبه فحمل الطعام
(أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه والذي يحرم النساء
بانقراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود
في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جسا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزليعي استشكل
أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لاجاز بخلاف
الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينقصد ساعة
فساعة على حسب حدودها على ما بيننا من القاعدة فقبل وجودها لا ينقصد عليها العقد فاذا وجدت فقد
استوفيت فلم يبق ديناف فكيف يتصور فيها النسبة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص الى هنا كلامه (أقول)
كل من وجهي استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف
الجنس أيضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة
الدين بالدين لان المنافع ليست بدني اذ الدين ما ثبت في النعمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية
بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الاعتقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع الآن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما
بالآخر وجود الفعل وهو علة معلولها الاعتقاد وانخرع العلول عن العلل الشرعية جاز على ما عرف فنعني
انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لأن نفس العقد يكون
ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الامرة واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر
كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الاعتقاد الا أنه يتحقق نفس العقد حين أن يتحقق نفس العقد
وهو ان صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسبة في المنافع قطعاً قبل العقد فيا اذا كان البدلان منفعة واحدة
جنسهما كما فيما نحن فيه وبطل قوله فكيف يتصور فيها النسبة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة تجوز
بخلاف القياس للعاجلة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة
انتهى (أقول) الخصم أن يقول لانه لم ينتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير
مبادلة اذ لا يخفى أن كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى
بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد الحال من بلد
واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحدوث حصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى
السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن
يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس
عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول

الشيء بجنسه نسبية والجنس بانقراده يحرم النساء عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء في الجنس
المختلف ليس بحرام كالأول سلم قوهي في مروي فان قيل انما حرم بيع الشيء بجنسه نسبية عندكم باعتبار أن
النقد خبير من النسبة وهنالا افضل لاحدهما على الآخر والقبض في البدلين على غلط واحد فلناتم الا أن
النص اذا علق تعلق الحكم في الفرع بالعلة فاما في الاصل انما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص
والحرمة فيما اذا لم يكن يدايد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى (قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس) يعني أنا انما جازنا
الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليه والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس
والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد هذا

كـ
الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن
يدعي أن تعقيد الطعام بالاشتراك فليتأمل

ولأنه استاجر له ليعمل لا وجود له لأن العمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذا جمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل إذا جمل الشكل فقد جمل البعض لا محالة فيجب الأجر أوجب بان جمل الشكل جمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستحجار عمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر أصلا وقرئ بين هذا وأجزاء المشاع (٥٧) فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى

المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقل فإذا استوفى المنفعة وجب الأجر وأما ههنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان البيع تصرف حكمي) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما إذا باع أحد الشر يكتن نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء لا وهو شريك فيه وكل من جمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يتخلو

(قوله أوجب بان جمل الشكل جمل معين) أقول في هذا الجواب نأمل فانه ظاهر أن النصيب الشائع غير خارج عن الشكل بل داخل فيه فإذا جمل الشكل كان هو مجعولا معه ويكون كاجارة المشاع فان الأثر هنا أيضا متعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه الفقه فدينغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بان هناك تسليم المعقود عليه

كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده ويبيع العين شائعاً بغير وصار كما إذا استاجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركا ليخط له الثياب ولنا أنه استاجر لعمل لا وجود له لان العمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما إذا استاجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى لا حاجة في انعام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في انعام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام حال عن التعصيل لان لفظ الزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استحجار الدار المشتركة بين المستاجر وغيره لوضع الطعام مما لا يخالف فيه بيننا وبين الشافعي بل هي تجمع عليها وهذا ذكر في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضيه خلاف ما تقر عندنا ولا يصير ذلك الزام علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلاضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الزام علينا من الشافعي أصلا * ثم أقول الظاهر عندى أيضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا لانه لا يتم فيه ذلك سائر الشراح قط لكن لا الماذ ذكره ذلك القائل بل لان تمشيه استشهد الشافعي بظاهر المسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر وغيره كما شترك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي بان من قبلنا عن استشهد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الإطلاق يشهد بذلك كله التامل الصادق (قوله ولنا أنه استاجر لعمل لا وجود له لان العمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال

في العناية إذا جمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل إذا جمل الشكل فقد جمل البعض لا محالة فيجب الأجر أوجب بان جمل الشكل جمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب فنظروا ههنا عدم كون جمل الشكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن جمل الطعام واقع على معين فاعا فلو كان موجودا وجمل الشكل لا يتصور بدون جمل كل جزء منه فقد استلزم وجود جمل الشكل وجود جمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الأجزاء نصيب المستاجر فلا بد أن يجب الأجر لجل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الشكل معقودا عليه لا يبعد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفسدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الأجر بحمل الشكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يتخلو من أنه

المعنى يفسد المعنى آخر وهو أن يبيع الدين بالدين حرام باطل قلنا الذي لم يصحبه الباء هو المعقود عليه وأقيم العمل مقام المنفعة وهو معين فيصير الأجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عيناً بدين وذلك جائز (قوله فيكون عاملا فلا يتحقق التسليم) لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب

(٨ - (تكملة الفقه والكفاية) - ثامن) متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وقرئ بين هذا والخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره) أقول والالزم العوض والمعوض في شخص واحد

من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وأغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع اغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله اغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحققة بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكيم يمكن ايقاعه في الشائع كإتي البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسقينة المشتركة لحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فلا جارة فائدة) لجهالة المعقود عليه لان الارض كما

تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناه والغرس (وكذا ما يزرع فيها مختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالنورة والارزقان ضررها ما أكثر من ضرر الخنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تغد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا وانقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينعقد جازا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاکم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضار وليس بضار فقد ارتفعت الجهالة الغضبة الى النزاع من ذلك الوقت وارتفعاهما من ذلك

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكيم يمكن ايقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أي أو شيء يزرعها فلا جارة فائدة) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فنه ما يضر بالارض ما لا يضرها اغيره فلم يستحق المعقود عليه معلوما

عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وأغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله اغيره ليس باصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله (وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس يتم لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجته المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تنقض حاجته بل انما تنقض حاجته المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذ لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله (وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكيم يمكن ايقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على الاجر غاية الامر أنه عامل للغير أيضا لكن جعله عاملا لنفسه أولى لان الاصل أن الانسان يعمل لنفسه مع

الوقت كارتفاعهما من له العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداء ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلاً ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكذا اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكذا اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما ثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادي لا يقال ذلك كرهذه المسئلة تكرار لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والمالك أمر حكيم يمكن ايقاعه في الشائع كإتي البيع) أقول الخياطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاکم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاکم بل بنقض من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالة على المدعى تأمل بل فيه نوع من الخلطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال

(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسنان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسنان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد

استحجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الإجارة تملك المنافع بعوض على ماسر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منفعة لان المنافع لا تقبل الشركة على مائه واعليه فكيف يكون المعقود عليه في استحجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدريتي في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالجل مح اي قاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استحجار العبد المشترك ليخطأ له الثياب كما مرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجبر امشتركا أو يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجبر وحدود ذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالجل فينبغي ان لا يصح اي قاعه في الشائع كالجل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استحجار العبد المشترك ووجهه أن المستاجر للعبد المشترك ملك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكمي يمكن اي قاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الجمل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما لومى اليه اقبام المنفعة في قوله ملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استحجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استحجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استحجار العبد المشترك وكون المالك ما يمكن اي قاعه في الشائع كما يشعر به قوله ملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم المالك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والمالك أمر حكمي يمكن اي قاعه في الشائع كافي البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الإجارة تملك المنافع بعوض ففي كل فرد من أفراد الإجارة ملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليه العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار اي قاع ملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه بطلان الإجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الإجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الإجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استحجار العبد المشترك للخياطة فبناء العرف في بينهما على بطلان الإجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب قياسه عليه فيما إذا استأجر عبدا مشترا كما يخطأ له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك ملك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسنا بخلاف المنتزاع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسنا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية فقيهه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعدما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب

فان زرعها ومضى الاجل
فله المسمى

ذكر هذه المسئلة الخ
قال المصنف (وفي القياس
لا يجوز) أقول قال الكاسي
أي لا يجوز العقد أي
لا ينقلب جائزا فيجب أجر
المثل لا المسمى انتهى وفي
شرح الشاهان أي لا يجوز
أن يكون له المسمى انتهى
فتأمل أنت

ما فيه من تملك المنافع المدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان عاملا لغيره فلا يجب بالسك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا ووجب أن يقع الجمل مشتركا لان وقوع الجمل مشترك كالحال لانه عرض وهو لا يتجزأ (قوله وجه الاستحسنان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا) فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جاز أن يكون ما يضر بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينفرد أحدهما بالتعيين ثم الامتناع ان تعيين أحدهما فلا يصح ذلك

(ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه خمل المستاجر وان كانت الاجرة فاسدة زفان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى) وان اختصما قبل أن يحمل عليه (وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع) نقضت الاجارة (دفعنا للفساد العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز وجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المقروض لا يعود الا بالتجديد لا بحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظه قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناصح الاول بدل لفظه بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهة ارتفعت قبل تمام العقد فثبت الجواز) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاك وتبعد الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاك كما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاك كما يراه فكيف يتصور أن يتم به وتتمام الشيء من آثار بقائه وافتقاره والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو السامع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فبرفع الفساد هذا ووال في النهاية ويقوم معراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهة لم تجز الزاعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لجواز أن يكون مازرعها مضر بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقيق شيء احتماله مغسدا للمعقود ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الابتعينيهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذلك تعيين المعقود عليه ينبغي أن لا يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب القواعد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع بزول هذا النوعين من المنافع اذ لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزرول ذلك أصلا وهذا مما لا ستره به فالكلام الفصيل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم ريب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضا بماء سل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور وأما ان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضى

وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه) لان العين المستأجرة أمانة في يد المستاجر وان كانت الاجرة فاسدة زفان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعنا للفساد العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز وجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المقروض لا يعود الا بالتجديد لا بحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظه قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناصح الاول بدل لفظه بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان أن الجهة ارتفعت قبل تمام العقد فثبت الجواز) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاك وتبعد الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاك كما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاك كما يراه فكيف يتصور أن يتم به وتتمام الشيء من آثار بقائه وافتقاره والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو السامع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فبرفع الفساد هذا ووال في النهاية ويقوم معراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهة لم تجز الزاعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لجواز أن يكون مازرعها مضر بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقيق شيء احتماله مغسدا للمعقود ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الابتعينيهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قام بهما فكذلك تعيين المعقود عليه ينبغي أن لا يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب القواعد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع بزول هذا النوعين من المنافع اذ لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما به فلا يزرول ذلك أصلا وهذا مما لا ستره به فالكلام الفصيل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم ريب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضا بماء سل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور وأما ان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضى

قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بان باع أو أجز الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

* (باب ضمان الاجير) * لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان وقال (الاجراء على ضربين (الح) الاجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضاً تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور اجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجير متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى (٦١) يعمل مفرد والتعرف بالمفرد لا يصح

عند عامة المحققين وإذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعبر بغير المثال وهو صحيح

* (باب ضمان الاجير) *

(قوله شرع في بيان أحكام

بعد الاجارة وهي الضمان)

أقول اطلاق الاحكام على

الضمان اما باعتبار كثرة

أفراده أو المراد هو الضمان

وجودا وعندما قال المصنف

(الاجراء على ضربين (الح)

أقول من قبيل تقسيم

الكل الى أجزائه (قوله

وهو على نوعين) أقول

وانما قال وهو أى الاجير

على نوعين لان الاجراء لو

كانت على نوعين كان كل

من المشترك والخاص كذلك

ولزم تقسيم الشئ الى نفسه

والى غيره لكن اللام اذا

دخلت الجمع ولا مفهوم

انصرف الى الجنس هكذا

قيل (قوله كان كل من

المشترك والخاص كذلك

(الح) ممنوع فان المقسم هو

جميع الاجراء بحيث

لا يخرج منه شئ لا ما يطلق

عليه لفظ الاجراء مطلقا

(قوله والسؤال عن وجهه

تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً لان لتقديم كل منهما على

الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارع لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه

(قوله وأجيب بانه قد علم مما سبق (الح) أقول وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متمكلاً لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به

تعريفه من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجره على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحواله

* (باب ضمان الاجير) *

اذا الفساد قائم بعد

قال (الاجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص

لاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أو لا فلا شك ان المذكور وارد جسداً غير منقطع بالجواب المزبور

* (باب ضمان الاجير) *

قطعاً والله سبحانه وتعالى أعلم

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب

على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال لما ذكر أنواع

الاجارة الصحيحة والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيداً ما صاحب النهاية

فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صححها وفسدها ماقت النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي

الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان

أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من

الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقوله ما هو الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب

ان الضمان حكم واحد لا أحكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق

الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراده أو المراد هو الضمان وجودا وعندما اه (أقول) توجيهه

الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعندما أيضاً يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول

الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير

فعل بمعنى مفاعل من باب آخر واسم الفاعل منه مؤخر لا مؤجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم

الفاعل منه مؤخر لا مؤجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آخر اذ على تقدير أن يكون

اسم الفاعل منه مؤخر لا مؤجر يلزم أن يكون الاجير فعيلاً بمعنى مفاعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه

الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعلاً بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاث وكيف يقول

بمعنى مفاعل من باب آخر يعنى به من المازي دليل قوله واسم الفاعل منه مؤخر اه كالمه (أقول) بل الغلط

انما هو في كلام نفسه فان الفاعل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاث يكون من المازي بدأضاً عن هذا قال

المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب أليم أى مؤلم على رأى وقال

وأما الفاعل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقاً اه وقال الامام المطرزي في

المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح في خلاف ما زعم

فكأنه لم يذق شيئاً من العربية

إن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً وفي القياس يجب أجر المثل لان المنافع قد استوفيت باجارة

فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا * (باب ضمان الاجير) *

الاجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي

تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضاً لان لتقديم كل منهما على

الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارع لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه

(قوله وأجيب بانه قد علم مما سبق (الح) أقول وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متمكلاً لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به

تعريفه من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجره على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحواله

لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا والمنافع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو والمكابر لهم اماروى عن عمرو على رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذا لا يمكن العمل الابنه) ولا حفظ (فاذا هلك المتنازع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقه وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر) فانهما يقولان انما تصور المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده أمانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حنف أنفقه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة أن العين في يده أمانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك كفي يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده (٦٢) مضمونا لضمنه كفى المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه

التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعاً للمقصود) وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتراً كالصاحب ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العامل فكان تبعاً

قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره مقتضى الاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجديد فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الامور الخارجية قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندي فيه اشارة الى دفع

فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمنافع أمانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالخريق الغالب والعدو والمكابر) لهم اماروى عن عمرو على رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذا لا يمكن العمل الابنه فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حنف أنفقه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العين أمانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كفى المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعاً للمقصود

(قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجهه

يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افتقر الاجير المشترك مع الخاص في أن الاجير المشترك لا يمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول من العمل في الاجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته وذلك لا يصلح ما تعامله من غيره والاجير الخاص من يكون العقد وارد على منافعه ولا تقصير من انعمه معلومة لا بد كالمدة او المسافة وما فاعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يمكن من ايجاب العبرة وهو نظير السلم مع بين العين فان السلم فيسلبا كان ديناً في النية لا يتعدى عليه قبول السلم من غيره والبيع كان يلاقي العين فيعدها ببيع من انسان لا يمكن من بيعه لغيره (قوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل) يعني اذا شرط أن يعمل هو بنفسه وقوله أو أثره اذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه (قوله ولان الحفظ مستحق عليه) اذا لا يمكنه العمل الابنه يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضا وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب بسبب الهلاك الذي لا يقع الا لتقصيره في الحفظ ولو بالغ لاندفع فاذا هلك بجهة

السؤال بان التعريف دورى فان علم استحقاق الاجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل ولهذا على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل الحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الآن المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية تخبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد بخلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهم اماروى عن عمرو على رضى الله عنهما) أقول قال الزليقي بقوله ما يبقى اليوم لغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم اه وفي النهاية تروى عن عمرو على رضى الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك لما ضاع على يده وعن على رضى الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولا جمل اختلاف اصحابه اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملاً باقوال اصحابه رضى الله تعالى عنهم بقدر الامكان اه كلام صاحب النهاية قال ابن البرزقي معناه عمل في كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف اه فكله أو ادا بالصلح مجاز وهو الخط وفي فتاوى

ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كخترق الثوب من دق وراق الجمل وانقطاع الجبل الذي يشده المكارى الجمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فبنتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحدومعين القصار

(ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وما تلف بعمله كخترق الثوب من دق وراق الجمل وانقطاع الجبل الذي يشده المكارى الجمل وغرق السفينة بغرق الرء من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزدد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الوحدومعين القصار فاضحان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى أن السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجهان أما المشترك فلا ثبته بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلا ثبته بمنزلة الفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك فى المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس بتمام أما أولا فلان معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونقيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد هو الضمان وجودا وعدمه أو لا أى وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذا لضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا لا فى بعض صور ومن مسائل الاجير المشترك وحده كما سخط به خبرا وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فيتم قوله وذلك فى المشترك وأما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتاج هناك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقررت في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما الحال ترجح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بهام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا يحتج له نعم يمكن منع تساوى الطرفين فيما نحن فيه ولكنه أمر آخر مغاير لما قاله فندبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعنى تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدوران هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور فثبت نعم كذلك الآن هذا تعريف الخفى عما هو أشهر منه في فهم المتعلمين أو هو تعريف المالم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذى يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) فى الجواب نحل أما أولا فلان قوله فى أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فامعنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف الخفى الخ وأما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف

يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة فصار بالتقصير تارك ذلك الحفظ الذى ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب الخرق فاذا خرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا الآن لا يمكن التحرز عنه يكون عقوا كالوت خفف أنفه والخرق الغالب أو غيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن اعدام الجنابة والتقصير منه وله أن العين أمانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعة وهى اقامة العمل فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحدوم هذا لان الضمان انما يجب بالتعدي

أشهر منه ممنوع كلف ولو كان كذلك لما صبح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بن هو بانه هو
 الاجير المشترك وأما الثالث فلان المذكور في باب الاجرة متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص
 بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصرناه هناك سبب استحقاق
 الاجير مطلقا لاجرة في معان ثلاثة هي شرط التجمل والتجمل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان
 هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فبما اذا لم يشترط التجمل
 ولا التجمل وهو ظاهر البطالان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير
 الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيهه معنى تعرف الاجير المشترك ههنا بما ذكره فصار كأنه قال وما
 عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر
 خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قبل وتعرف الاجير المشترك بقوله
 من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعرف بدوى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير
 المشترك فتكون معرفة الم عرف موقوفة على معرفة الم عرف وهو الدور وأجيب بانه قد علم مما سبق في باب
 الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تنوقف معرفته على معرفة الم عرف اه (أقول)
 أصل الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره هناك
 بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية ورد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من أن ذلك حكم عام
 للاجير الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للخصم
 والخطا أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان
 بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث اراد فيه البعض بجه عليه أن الم الموم من ذلك حكم مادة مخصوصة
 فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجر المشترك
 فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو اثره متكفل لدفع
 هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استزجر على العمل أو اثره فلا يلزم الدور ولا
 حاجة الى الحوالة اه كانه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجير المشترك بن لا يستحق الاجرة حتى
 يعمل فما اختاره القدرى وذكره في مختصره ولم يذكره مذهبنا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى
 يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية ونما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما
 يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته
 كيف تصلح كلام من لم يزد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما
 أن تحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو الم عرف فلزم الدور وألا تحتاج اليها بل حصلت بما هو
 معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة تيم
 تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله
 فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجمل فيحتاج
 الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة اه
 (أقول) انما يتوهم الانتقاص بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور والمشارك من
 لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها
 الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجي فلا انتقاص بذلك أصلا لان الاجير المشترك
 اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التجمل يلزم مردها على المستاجر وكان
 الامام الزليعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنترو لا يستحق الاجر حتى يعمل يعني

أو بالاعتد ولم يوجد واحد منهما ما ألتعدى فلانه قبض بأذن المالك وأم العقد فلانه ورد على العمل لا على
 العين فلا يصير العين به مضمونا ولهذا هو الهالك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا لضمه كالغصوب

ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المقصد ما ذواته

ولنا أن الداخل تحت الاذن
أي الامر ما هو الداخل
تحت العقد لان الامر ما
بالعقد أو لازم من لوازمه
والداخل تحت العقد هو
العمل المصلح لانه هو الوسيلة
الى الاثر الحاصل في العين
من فعله الذي هو المعقود
عليه في الحقيقة لكونه هو
المقصود حتى لو حصل ذلك
بفعل غير الاجير وجب
الاجر اذا كان كذلك كان
الامر مقيدا بالسلامة فلم
يكن المقصد ما وراءه بخلاف
معين القصار لانه متبرع
فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح
لانه يمتنع عن التبرع وفيما
يمن فيه يعمل بالاجر فامكن
تقييده والملتزم أن يلتزم
جواز الامتناع عن التبرع
فيما يحصل به المضرة لغير
من تبرع له

(قوله لانه هو الوسيلة الى
الاثر الحاصل في العين من
فعله الذي هو المعقود عليه)
أقول قوله الذي صفة
للاثر (قوله لانه يمتنع عن
التبرع وفيما نحن فيه
يعمل بالاجر فامكن تقييده
ولملتزم أن يلتزم جواز
الامتناع عن التبرع فيما
يحصل به المضرة لغير من
تبرع له)

الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل اه فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل مفردا والتعريف بالمفرد لا يوجب عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ
واقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثل وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه يتنافى ذلك لان التعليل على
التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا لحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية
وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو اثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بل
للمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ وبوده
قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعني قوله لان المعقود عليه الخ
تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد
المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجب على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد
المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل الى
هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف ههنا لان
المعقود عليه انما هو العمل أو اثره فكان له أن يعمل للعامة وليس كذلك بل عبارة ههنا لان المعقود عليه اذا
كان هو العمل أو اثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل
هو جزء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزء ادخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة
التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعم ذلك القائل وكان قوله لان المعقود
عليه انما هو العمل أو اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تفرع المصنف
قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون
قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا
تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا أيضا فلو صح تفرع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم
جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل
تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب
الاجر فلم يكن المقصد ما ذواته) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف
قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريب الثوب من دق من صور مستلثنا هذه دون
الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في اواخر باب الاجرة متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار
والصباغ فله أن يجلس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء
البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع
ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجلس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين
قائم في العين فلا يتصور حبسه اه فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ
والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف
وأما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولا يزال يقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة
فلا يصار عليه الا عن ضرورة كافي الحبس اذ لا يقد على حبس أثر فعله الا يجلس العين بخلاف المودع باجر لان
الحفظ مستحق عليه مقصودا اذ العقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن على رضي الله عنه انه كان
لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك فكانت المسئلة مختلفة بين الصباغة فلا يجب تقليد البعض (قوله وهو
المعقود عليه حقيقة) أي الاثر (قوله فلم يكن ما ذواته) أي في المعيب لانه ليس بوسيلة الى الاثر (قوله)

بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلحة لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده
وبخلاف اجبر الواحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال
(الا أنه لا يضمن به بنى آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان
الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تعمله العاقلة قال

القائم في الثوب والمعهود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن
فيه من مسائل الحال والملاح واذ لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى
الآثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعهود عليه حقيقة فتقدم مرع فيما مر بان المعهود عليه هناك نفس
العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور
أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعهود عليه العمل من محل بعينه
فيستحق عينه كالتفعية في محل بعينه اه نعم اذا أُلقي العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضا
فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت
الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلحة لان الاذن انما يثبت ضمانا للعقد والعقد انعقد على التسليم
لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعهود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعهود عليه
العمل السليم ثبت ان القصد غير معهود عليه فلا يكون ما ذونا فيه ككل وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه
(قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلحة لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر
فامكن تقييده) قال صاحب العناية وللمتزعم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع وفيما يحصل به المضرة
لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما
سبق فطهيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي
شيئا لان صاحب العناية لم ينفرد بالامتناع عن التبرع في صورته حصول المضرة لغير من تبرع له بل
أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفع الضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا
لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع
بيانا لحكمة عدم التضمن أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم
تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمن كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان
التبرع بالعمل بمنزلة الهبة توهى لا تقتضى السلامة كان أسلم اه (أقول) ولما قلنا أن يقول هنا أيضا كون
التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضى جواز ذلك اذا تضمن ضرر الغير من تبرع له ألا يرى
أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا
عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلزمه الضمان (قوله وانقطاع الحبل
من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فاما
وجذ كره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية بغيرها (أقول)
اقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله
وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من
قلة اهتمامه لم يحتجز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن
الفرق بان التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعالا مقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما هنا فالتقصير في
نفس العمل الذي هو مستحق غليظة صودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب
بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بنى آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب

الا أنه لا يضمن به بنى آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة قيل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة

(واذا)

ولو علل بان التبرع
بالعمل بمنزلة الهبة وهي
لا تقتضى السلامة كان أسلم
وبخلاف الاجبر الواحد على
ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه فكان من
صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بنى آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تعمله العاقلة قال

أقول الحكم يدار على دليله
وان كانت الحكمة أخص
كما سبق فطهيره في الايمان
فقوله لانه يمتنع عن التبرع
بيان لحكمة عدم التضمن (قوله
وهي لا تقتضى السلامة)
أقول قال الله تعالى ما على
المحسنين من سبيل

فإن فلاحاً من عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه القبول من السرية لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك في الثوب ونحوه مما قد مدناه لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فإمكان القول بالتقييد قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل

التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لأنه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضوع للعتاد حتى انه اذا تجاوز زجيج الضمان وذكروا في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وبجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامر به يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الرواية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيه الاذن واية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن واية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به واية المختصر بياناً لما ساكت عنه واية الجامع الصغير وما نطق به واية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه واية المختصر فاستغاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا علم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلا يذكر عدم التجاوز عن الموضوع المعتاد ويعتد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون المطالبة بامر المولى والهلاك ويعتد أنها اذا لم تكن بامر ضمن اهـ كلامه (أقول) في بيانه خلل فإنه جعل الهلاك أياً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس يديد اذ لا شك ان مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما نوع من البيان مخصوصاً به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فإنه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفت في كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فان أهل اللغة تفسروا عطف به لكان ونفق بما (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال

يصير مسلماً بانصاه بملكه ولم يوجد تسليم الموقوف عليه بملكه ثبتت الخيارات لهذا فان قيل كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة فوجه الله على هذا الوجه ولكن يضمه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال أمانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بغيره واذا كان أمانة وقت القبض وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي جعله منه قلنا له في ذلك الضمان وجهان أحدهما أن هذا ليس كذلك على الإطلاق ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ان هلك بصره ظهر أنه كان مضموماً عليه وان سلم ظهر أنه كان أمانة وهما ما هلك براقه ظهر أنه كان مضموماً عليه فجاز أن يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني هو انه وجد سبب الضمان في مكان الجل من لان سبب الضمان وان كان هو الجل الذي وقع كسر او فسادا الآن الافساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما أوجب الضمان باعتبار العقد لا به لولا عقد الاجارة لكان الاجير معينا في الجل ولا ضمان على المعين فيما أعان ولما كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال به على السبب فلهذا كان له أن يضمه قيمته في المكان الذي جعله منه (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لان واية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن واية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به واية المختصر بياناً لما ساكت عنه واية الجامع الصغير وما نطق به واية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه واية المختصر فاستغاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا علم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) أي سلم نفسه ولم يعمل مع التمكن أما اذا امتنع من العمل ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد تسليم النفس

محمداً قال في النوار انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لانائي له في النفس فيستقدر بدله ببديل النفس كأي قطع اللسان وأما اذا مات ففسد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما ما ذون فيه وهو قطع الجلالة والآخرة غير ما ذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامناً تصف بديل النفس لذلك فان قبيل التنصيف في البديل يعتمد التساوي في السبب وقد اتفقنا لان قطع الحشفة أشد فضاء الى التلف من قطع الجلالة لا سيما فكان كقطع اليد مع حر القبة أجيب بان كل واحد يحتمل أن يقع اتلافاً وان لا يقع اتلافاً والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدراً بخلاف الخرافة لا يحتمل أن لا يقع اتلافاً قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهر الخدمه شخص أولى غنمه وقد ذكرنا ما برى على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث

(قوله ولهذا) أي ولأن الأجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقته (يبقى الأجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المصنوع بخلاف الأجر المشترك فإنه روي عن محمد في خياط خاط فوب رجل باجر ففقهه رجل قبل أن يقبض ربح الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى ربح الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بنهاية العمل وإن كان الخياط هو الذي ففق فعليه أن يعيد العمل وهذا لأن الخياط لما ففق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٦٩)

الاجنبي لا يمكن أن يجعل
كان الخياط لم يعمل أصلا
ولو كان أجيرا خاصا فنقضه
استحق الأجر (ولا يضمن
ما تلف في يده) بأن سرق منه
أوغاب أو غصب (ولا ما تلف
من عمله) بأن انكسر
القدم في عمله أو تحرق
الثوب من دونه إذا لم يعتمد
الفساد فان تعمد ذلك ضمن
كالسودع إذا تعدى (أما
الأول) وهو ما إذا تلف في يده
(فلان العين أمانة في يده
لحصول القبض بآذنه وهذا
ظاهر عند أبي حنيفة وكذا
عندهما لأن تضمين الأجر
المشترك نوع استحسان
عندهما ممانعة لأموال
الناس) فانه يقبل أعيانا
كثيرة رغبة في كثرة الأجر
وقد يجزعن قضاء حتى
الحفظ فيها فضمن حتى
لا يقصر في حفظها ولا يأخذ
الأيما يقدر على حفظه
(والأجير الواحد لا يقبل
العمل) بل يسلم نفسه
(فتكون السلامة غالبية
فيؤخذ فيه بالقياس وأما
الثاني) وهو ما إذا تلف من
عمله (فلان المنافع متى صارت
مملوكة للمستأجر) بنسليم
النفس مع تصرفه فيها
والأمر بالتصرف فيها (إذا

كن استؤجر شهر الخدمة أو لرى الغنم) وانما سمى أجيرا وحدا لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في
المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على
الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلان العين أمانة في يده لأنه قبض بآذنه وهذا
ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لأن تضمين الأجر المشترك نوع استحسان عندهما ممانعة لأموال
الناس والأجير الواحد لا يقبل الأعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع
متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صرح ويصير نائباً بآذنه فيصير فعله منقولاً إليه
كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

صاحب العناية يتوقد ذكرنا ما ورد على الأجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب
على الغطن أن مثل الجواب المذكور ههنا عن الأجر على تعريف الأجير المشترك بانه تعريف دوري
لا يمتشي ههنا يظهر ذلك بآذني توجه وتدور فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه
من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضاف كذا أن المذكور فيما تقدم تعريف الأجير
المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجير الخاص وما ورد فيه فإمعني قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من
الشبهة اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله) لأن
تضمين الأجر المشترك نوع استحسان عندهما ممانعة لأموال الناس) فانه يقبل أعيانا كثيرة رغبة في كثرة
الأجر وقد يجزعن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا بما يقدر على حفظه كذا في
العناية أخذ من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين
المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لثلاث بقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث
ساقط جدا إذا اظهر أن ما ذكرهنا حكمه حكمها بضمان الأجير المشترك وما ذكره فيما مر في الكتاب من
الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمه لم يلزم

(قوله) كن استؤجر شهر الخدمة أو لرى الغنم) واعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهر فهو أجير
مشترك الآن يقول ولا نزع غنم غيري فحينئذ يصير أجيرا وحدا وان ذكر المدة أو لا بان استأجره ليرعى غنمه
شهر ابدرهم فهو أجير وحدا الآن يقول وترعى غنم غيري (قوله) ولهذا يبقى الأجر مستحقا وان نقض
العمل) أي ولأنه يستحق الأجر بنسليم نفسه في المدة وان لم يعمل ويستحق الأجر وان نقض العمل بخلاف
الأجير المشترك فانه لا يستحق الأجر إذا نقض عمله قبل أن يقبض ربح الثوب لأنه لم يسلم العمل إلى ربح الثوب
فانه روي عن محمد رحمه الله في خياط خاط فوب رجل باجر ففقهه رجل قبل أن يقبض ربح الثوب فلا أجر للخياط
لأنه لم يسلم العمل إلى ربح الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر انما يجبر بحكم العقد الذي
جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بنهاية العمل وإن كان الخياط هو الذي ففق فعليه أن يعيد العمل وهذا
لأن الخياط لما ففق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف ما إذا ففق أجنبى لأن يفتق الأجنبى لا يمكن
أن يجعل كان الخياط لم يعمل أصلا (قوله) ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده) أو سرق منه أو
غصب ولا ما تلف من عمله بأن انكسر القدم في عمله أو تحرق الثوب من دونه إذا لم يعتمد الفساد لأنه بائع

أمره بالتصرف في ملكه صرح ويصير المأمور) أي الأجير (نائباً بآذنه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

(قوله) ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) (أقول) يعني نقضه أجنبى (قوله) لحصول القبض بآذنه) (أقول) القبض بالاذن حاصل في المودع باجر وهو ضمان
لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ إلا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله) وقد يجزعن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى
لا يقصر في حفظها) (أقول) فيه بحث فان حكمها بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لثلاث
يقصر الاجراء في الحفظ والاظهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الواحد فبني على القياس

(باب الاجارة على أحد الشرطين) (٧٠) لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(واذا قال للخباط ان خطت هذا الثوب فارسيًا بقدرهم وان خطته روميًا بقدرهم من جاز وأى عمل من هذين العمالين عمل استحق الاجرة) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر بقدرهم وان صبغته برقعان فبقدرهم من وكذا اذا خدير بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرًا بمخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خدير بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خدير بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرة انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم بقدرهم وان خطته غدا فنصف درهم فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله عند أى حنيقة لا يجاوز نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

محدود وقطاعا لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكره سائر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معادليًا على الحكم

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فنحذف الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كذا كر أو أماً للجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بمخمسة أو هذه الدار بعشرة فهى ثابتة وهى تنفض الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيحقق النزاع فينبغي أن لا تقع بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكل كمال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل هل ترتفع الجهالة لا حاجة الى اثبات الخيار هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشئ اذ ليس فيه شئ زائد على ما ذكره وفي الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تنفض الى النزاع في تسليم العين

منفعته والمنفعة سلمة وانما الحرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن منفعته عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا أجبر القصار وسائر الصناع اذا استؤجر والم يضمنون ان استأجروهم الا بما تعده وانيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ أجبر وحدود لا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه أجبر خاص كذا في الايضاح

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء) بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى بغداد أو الى واسط بكذا وكذا ههنا في أنواع الخباطة والصباغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعته بغير كراب فلان ربع الخارج وان زرعته بكراب فلان ثلثه وان زرعته بكرابين فلان نصفه وأى ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام الثمري رضى الله عنه والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا اشترى ثوبين على أن ياخذ أحدهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلاثة أو ثوابين لا يجوز في الاربعه فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة وهى تندفع بالثلاثة لا شتما للثاني الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعه لا ندفعها بما دونها (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) يعنى انما يفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط

لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا قال للخباط الخ) اذا قال رجل للخباط ان خطت هذا الثوب فارسيًا فله درهم وان خطته روميًا فله درهمان جاز بالاتفاق وأى العمالين عمل استحق الاجر المحمى له وكذلك اذا كان الترميد بين الصبغين أو الدارين أو الدابنتين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرة انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم بقدرهم وان خطته غدا فنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله

(باب الاجارة على أحد الشرطين)

(قوله اذا قال رجل للخباط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تعليقا قلنا ليس هذا تعليقا لعقد الاجارة

وقال

بما مر آخره كما يقول ان جاز يدفع آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعنى خيل التعيين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أهم ما حاط استحق السمي فيموزال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول ببدلين على البدل وذلك يغضى الى الجهة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتجبل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتجبل لا للتوقيت حتى لو غاطه في الغدا استحق الاخر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجبل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد (٧١) ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه

بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاخر مجهولا والجواب أن الجهة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاخر للزم عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطه اليوم قبلهم مقتصر على اليوم فبان قضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان التجبل والتأخير مقصود) دليل

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان قال زفر الشرطان فاسدان لان الحياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجبل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التجبل والتأخير مقصود فزول منزلة اختلاف النوعين

وتسليمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفسد القول بان الجهة لا ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامر في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الحياطة شئ واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجبل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتجبل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم باق لان خطه اليوم بدرهم كان للتجبل لا للتوقيت حتى لو غاطه في الغدا استحق الاخر فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان أما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجبل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاخر مجهولا وذلك يغضى الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزم منه عند العمل كما تقدم اهـ (أقول) فسه نظر لان زوال الجهة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومصدر دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهة قطعان العمل المشروط أمر واحد ففي أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الاثمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل

الخيار فانه اذا باع أحد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار أي خيار التعيين وجوز واعد الاجارة في أحد المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا أخذ باحد العاملين صار معلوما (قوله وهذا لان ذكر اليوم للتجبل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيانه لو أقرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستحالة لا للتوقيت العقدية حتى لو غاط في الغدا استحق الاجرة وكذا لو أقرد العقد

آخولهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التجبيل لبعض

أغراضه في اليوم من التجمل والبيع زيادة فائدة فيغوث ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كافي الحياطة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاول هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنغرا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شئ بل حقيقة التعليق لكان أن وجوبه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول أن بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التجبيل) أقول لا يقال هذا الفاسد فانه آتقان أن ذكر اليوم للتوقيت لانه ليس معنى كلامه أن التجبيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الازام

(ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أى للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغلة ليس تسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغلة للتعليق أى لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل (٧٢) بها لا يجوز والمصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم

ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة

دليها هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلوا اليوم في مسألة أن يستاجر ليخبره اليوم كذا بكذا للتجمل هر با عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يترجمان الامر الباطل ههنا اه (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما جعلوا اليوم ههنا على التوقيت ليكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشرح ورح وانما جعلوا اليوم في مسألة الخبر للتجمل لتحقن الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما يمكن هناك بجعل اليوم للتجمل فلان منافاة بين المقامين على أصلهما وقد أفصح عاذ كراتاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتجمل فالهالم يجعله كذلك ههنا قلت ههناك جعلنا على المجاز تصحيح العقد وههنا جعلنا على الحقيقة للتجمل أيضا دلوا على عكس الامر في الغصين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن اه كلامه (قوله) ولابى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أى للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن يقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مراده كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس تسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أى لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا

على الغديان قال خط غدا بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه البر يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البسمل فيجب أحدهما وهي جمهولة فيفسد ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق لان الغد كذا ذكر للترفيه يذ كر للاضافة والتعليق بل للاضافة حقيقة للترفيه مجاز والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام الدليل على ارادة الحقيقة ههنا فانه لو أراد يذ كر الغد للترفيه يفسد العقد في اليوم لا اجتماع تسميتين في نفسه كما قاله زفر رحمه الله وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لا اجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التأقيت والعقد على التعليق اعمالا للحقيقة وتحرر بالجواز العقدين ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعمال في قوله اخبر هذه العشرة الخاتم اليوم بدرهم لان حله على الاستعمال ثمة تحرر بالجواز أيضا فانه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد لانه حينئذ يصير المعقود عليه أحد الامرين أما تسليم النفس باعتبار الوقت أو العمل بذكر العمل ولان التجمل والتأخير مقصودان مختلفان فنزل منزله اختلاف نوعي العمل ولا يحد منه وجه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة وهو التأقيت لقيام الدليل على ارادة المجاز اذ في حله على التأقيت فساد العقد لا اجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التجمل لا يقال ان أباحنيفة رحمه الله ينبغي له أن يجعل ذكر اليوم للتأقيت ههنا وان كان فيه فساد العقد كفى قوله اخبر هذه العشرة الخاتم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتأقيت حتى قال بفساده لاننا نقول ذكر اليوم ههنا للتجمل بقرينة وهي ان مقصوده العمل بدليل التزام الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم توجد تلك القرينة في تلك المسئلة ولان زيادة الاجر بسبب التجمل والنقصان بسبب التأخير بيان عنه ان ذكر اليوم للاستعمال لا للتوقيت اذ لو كان للتوقيت لما زاد الاجر للتجمل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص عن الاجر فيه فصار ذكر الغد للاضافة واليوم

قال المصنف (ولابى حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قيل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لا اجتماع الوقت والعمل ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة نفسه أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يفهم أنه حمل على مجازه لهذا المناط اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعيين المجاز كافية في الجمل على المجاز على ما عرف نعم لو جعل المناط من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زادله في الاجمعي حاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريب وتوكل على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فأنامل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق

ولا

بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر الخ)

أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لانه من شبهة القمار على ما مر مراراً

(ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقية لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجيرا ودوهم امتنا فيان لتنا في لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذ كر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنا في اللوازم يدل على تنافي المزاومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقية الى المجاز الذي هو التجيل (وحينئذ تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويوجب السمي ويفسد الثاني ويجب أجزا نثل) ولما قيل أن يقول في جعل اليوم للتجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى (٧٣) وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما

على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمائم غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة المخاتيم فانه جعل فيها ذ كر اليوم للتاقية وأفسد العقد وهما للتجيل وصححه وأجب بما ذكرنا أن ذ كر اليوم للتاقية حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة يفسد العقد فنهنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نية صان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التاقية مرادا وفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التجيل فيكون مرادا انظر الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في خير النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف مانع فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر

ولا يمكن حمل اليوم على التاقية لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويوجب السمي ويفسد الثاني ويجب أجزا نثل

كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف السمي بالتأخير فتجوز بذلك المعنى ههنا فسادا لدليل أبي حنيفة بل لدعاء أيضا فكانه انما اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذ كر الغد للتعلق أنهاء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجرة لا يجوز وقال أنقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة اه ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز بذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجوز اثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهم ما يقولون لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز ذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (ولا يمكن حمل اليوم على التاقية لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجيرا ودوهم امتنا فيان لتنا في لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذ كر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنا في اللوازم يدل على تنافي المزاومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقية الى المجاز الذي هو التجيل (وحينئذ تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويوجب السمي ويفسد الثاني ويجب أجزا نثل) ولما قيل أن يقول في جعل اليوم للتجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى (٧٣) وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما

للتجيل والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان والمضاف الى اليوم بقي الغد فيجتمع فيه تسميتان وما قاله أنه حمل اليوم على التوقيت ههنا تصح الاجارة في الغد فاجاب أبو حنيفة رحمه الله أنه متى حمل على التاقية يفسد في اليوم لانه حينئذ يفسد العقد عليه ولا جواز العقد انما يثبت بدلالة الحال اذا لم يكن المفسد منصوصا والتاقية مع ذكر العمل منصوص عليه وهو فسد ولا اعتبار للدلالة مع النص المفسد وفي

(١٠ - تكمله الفتح والكفاية - ثامن) الحال وبما ذكرنا فاعلم أن قيس زمره حال الاجتماع بحاله الانفراد فاسد لجود الفارق واذا وجب أجزا نثل فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة اذا غاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجره له

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر لا تأخير) أقول ولا بد لي من بيان دليل المجاز فيما ذ اقول خطه اليوم بدوهم حيث حمل ذ كر اليوم على التجيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة لامر فأنه يدل على كون الخطا مطاوعة فلا يكون ذ كر اليوم للتاقية وفيه تأمل (قوله بخلاف مانع فيه فان نقصان الاجر دليل) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدو رحمه الله هي العجعة (وفي الجامع الصغير لا تزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر بلع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطفه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو (٧٤) الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما

فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا تزد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا المكان عطار فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا المكان عطار فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطار فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حل عليها كرسعير فبنصف درهم وان حل عليها كرسعيرة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة فبدرهم فان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيصحت أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئتين وكذلك الاجراء أحد الشئتين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والقارسية فيها جهالة المعقود عليه كانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والقارسية لان الاجرة يجب بالعمل وعنده وان ترتفع الجهالة أمان في هذه المسائل فالاجر يجب بالخياطة في الدار والمكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الاجر بالتخلة (قوله وفي الجامع الصغير لا تزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجرا مثل بالغاما بلع الفرق الظاهر بين الجهالتين فان هذا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر

لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا تزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر بلع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطفه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو (٧٤) الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد أولى) وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم ولا تزد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا المكان عطار فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا المكان عطار فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطار فبدرهم وان سكنت فيه حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حل عليها كرسعير فبنصف درهم وان حل عليها كرسعيرة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة فبدرهم فان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيصحت أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئتين وكذلك الاجراء أحد الشئتين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والقارسية فيها جهالة المعقود عليه كانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والقارسية لان الاجرة يجب بالعمل وعنده وان ترتفع الجهالة أمان في هذه المسائل فالاجر يجب بالخياطة في الدار والمكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الاجر بالتخلة (قوله وفي الجامع الصغير لا تزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجرا مثل بالغاما بلع الفرق الظاهر بين الجهالتين فان هذا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر

حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذلك اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدة على مامر (قوله وفي الجامع الصغير لا يزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) وهذا يدل على أنه قد يزد على نصف درهم وروى عن حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذلك اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدة على مامر (قوله وفي الجامع الصغير لا يزد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) وهذا يدل على أنه قد يزد على نصف درهم وروى عن

وان سكنته حدا فبدرهمين جاز وأى الامرين فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا الاجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه عطا فبدرهم وان سكن فيه حدا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حل عليها كرشعير فبنصف درهم وان حل عليها كرحنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والقارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولا يحنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كافي مسئلة الرومية والقارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في

الاجارة الفاسدة أن التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلا بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فسامعنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهذا لا يخالف لما تقرر (قوله) أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما قال صاحب التسهيل رد على أصلهما مسئلة التخيير بين مساقطين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم أن يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع أنه جائز عندنا أصحنا وفاقا لا عندنا فزانتسى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بان الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد في وجوده من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانه صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى في مسئلة التخيير بين مساقطين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله) ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعنى ولو احتج الى إيجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين الذين يسميان بالعقد للتيقن به (أقول) لقائل أن يقول لو جاز الاخذ بالاقول في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا بصحة الاجارة فيها اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجر من متغابرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به أحد

أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يزد على نصف درهم وينقص عن نصف درهم لفصل عن أبي حنيفة رحمه الله وايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم فهو مسمى في اليوم الاول ولا يقال ان التسمية الاولى باقية في اليوم الثاني لان اعتبار المصريح أولى من غيره والمصرح بنصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الاولى لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وهذا أولى من الترجيح بالمصرح فان خاط في اليوم الثالث فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اذا لم يرض بتأخيرها الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد أولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزد عليه (قوله) فهو جائز ويحتمل الخلاف ذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة ولم يحكم فيها خلافا فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة كإظهارهما من المسائل (قوله) وهذا الحرف هو الاصل عندهما أي الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى عند التسليم أم ما يجب يقصد العقد (قوله) ولا يحنيفة رحمه الله انه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فوجب القول بعمته كافي القارسية والرومية وهذا لان السكنى وعمس

والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولا يحنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كافي مسئلة الرومية والقارسية وهذا أى كونهما متقنين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أى اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخوانها (قوله) والاجارة جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ وتقرر به أن الاجارة (تعدى) لا تنفعا وعنده ترتفع الجهالة أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا يعتبر به

أن يقال والتسليم في الدابة

أخواتها والاجارة تعقد لا تنقاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به
 * (باب اجارة العبد) *

فتأمل في الدفع والله الموفق * (باب اجارة العبد) *

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد إذ العبد منقطع الدرجة عن الحر فانهما ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقفي أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالموقف مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا يحل من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منقطع الدرجة عن الحر فانهما ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا: استجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكرها استجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشراح يفهم منه أن العبد منقطع الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لاصالة ولا نيابة بل هو يحمل التصرف وموقع عقد الاجارة كالادابة ونحو ذلك فعمل بهذا أن غرض المصنف لم يكن الاتنوع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لاعامة الجنس ألا يرى أن مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة للجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورد على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحدو حذوه من النظر فقد قد صد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أي نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكر استطرادا وقد يقدم في الذ كر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المعرب وعامة كتب اللغة ولم يسم مع مجي هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الاجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجرة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وأن المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياها فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه

(ولو احتج الى ايجاب الاجر بمجرد التخليه) بان يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به) * (باب اجارة العبد) * تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطاط دوحته

* (باب اجارة العبد) * قوله تأخير ذكر اجارة العبد أقول أي نفسه واجارة الغير اياه ذكر استطرادا وقد يقدم في الذ كر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذلك عند الجمع (قوله والاجارة تعقد لا تنقاع وعنده ترتفع الجهالة) جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخليه والتسليم فتبقى الجهالة وهوان الغالب في الاجارة لا تنقاع لانهم مشرعة للحاجة فالظاهر أن لا يخلوعن الانتفاع وإذا جاز الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس باصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو تحقق ترك الانتفاع واحتج الى ايجاب الاجر بالتمكن يجب التيقن وهو المقابل بآدنى العملين اذ الفضل لا يجب بالشك وقيل يجب الأقل ويتنصف الفضل وقيل يتنصف كل واحد منهما فلا تتمكن الجهالة بكل حال فصار الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شيء معلوم يبذل معلوم وضم اليه الزيادة بزيادة في البدل فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود وعليه والله أعلم بالصواب
 * (باب اجارة العبد) *

(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به الآن بشرط ذلك لان خدمة السفر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينظمها الاطلاق)
واعترض بان المستأجر في ملكه منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعده فكذلك المستأجر وأجيب بان المولى انما يسافر بعده لانه لا يثق به
والمستأجر ليس كذلك فوقع عن ادعى داراوصالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان (٧٧) للمدعى أن يخرج بالعبد الى

السفر وان لم يثق به
وأجيب بان مؤنة الردى
باب الاجارة على الأجر بعد
انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به الآن بشرط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على
زيادة مشقة فلا ينظمها الاطلاق

استطاع اديا كما يقتضيه قوله واجازة الغير اياه ذكر استطراداً لما لا يتقبله فطرة سليمة ثم أقول في دفع ما ورد به
صاحب العناية من المظن ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد
الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة
اذ شئت أن في كل من يتنكب الصورتين حكماً خاصاً يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره
وبالرفيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب أن اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس
لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لان انحطاط درجته عن الحر فكأن قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر
الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لان انحطاط درجة العبد عن الحر وجه اجازة في الصورتين معاشاملا
للمسائل المذكورة في هذا الباب بما مرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ
أول الباب باستيجار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما نادى عليه تعليقه
ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى
المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملازمة فتشمل ما كان العبد متصرفاً في نفس عقد الاجارة كما في
بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل
هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد (قوله)
ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به الآن بشرط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة
فلا ينظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملكه منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر
بعده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر باجيره قلنا انما يسافر المولى بعده لانه يثق به والمستأجر لا يثق
رغبة أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى داراوصالح المدعى عليه على خدمة
عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يثق به فله رقبته وأجيب بان مؤنة الردى باب الاجارة على
الأجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقر رحقه في الاجرة فالمستأجر اذا سافر
بالعبد فهو يلزم المؤجر بما يلزم من مؤنة الردى وبما يوجب على الاجرة وأما في الصلح فمؤنة الردى ليست على
المدعى عليه فالمدعى بالخارج الى السفر يلزم مؤنة الردى ذلك كذا في النهاية أخذاً من النهاية (أقول)
لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الردى وان لم يرض به
المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر
بالزامة اياه بما يلزم من مؤنة الردى لا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع أن الظاهر
من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً فلم يشترط ذلك فتأمل وممن صاحب العناية في
الجواب المزبور وجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى أن يضم الى علقته
وهي قوله والمستأجر لا يثق به فله رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الردى ثم قال ولعل الاصواب أن يقال
لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس
المستأجر كذلك بل يملكها بمقدور وري يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن يتقيد بمكان لا يتقيد به المولى

(قوله واعترض بان
المستأجر) أقول معارضة
(قوله وأجيب بان مؤنة الردى
في باب الاجارة على الأجر
الخ) أقول في الفصل
الحادى عشر من المحيط
البرهان واذا استأجر عبداً
بالكوفة لخدمته ولم يعين
مكاناً للخدمة كان له أن
يستخدمه بالكوفة وليس له
أن يستخدمه خارج الكوفة
فان سافر به ضمن هكذا
ذكر محمد المسئلة في اجازات
الاصل وذكر في صلح الاصل
أن من ادعى داراوصالحه
المدعى عليه على خدمة عبده
سنة أن له أن يخرج بالعبد
الى أهله قال الشيخ الامام
الاجل شمس الأئمة الخوانساري
في شرح كتاب الصلح لم يرد
بقوله يخرج بالعبد الى
أهله أن يسافر به وانما
أراد به أن يخرج الى أهله
في القرى وأقنية البلد قال
وهذا كما قلنا في باب الاجارة
من استأجر عبد الخدمه
ليس له أن يسافر به وله أن
يخرج الى أهله وأقنية البلد
وكان الشيخ الامام شمس

الأئمة السرخسي يفرق بين مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمه وحتى
عن الغيبة أى اسحق الحافظ أنه كان يقول لاروايته عن محمد بن فضال الاجارة فلقائل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كفي
الصلح ولقائل أن يفرق بينهما ما وجدته من تراعى الرواية في الاجارة في اجازات الاصل على نحو ما كتبه انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة
الصلح فتأمل

لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث أنه مقر ومقره في الآخر فالمستاجر إذا سافر بعبده يلزم المأجر بما يلزمه من مؤنة الردور بما يربو على الأجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالأجر إلى السفر يلتزم مؤنة الردوله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلن احتاج إلى أن يضم إلى علمه وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الردول لعل الصواب أن يقال لا نسلم أن المستاجر في منافع العبد كأولى له فإن المولى المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان فيجب أن يتقيد بمكان يتقيد به المولى والعرف يوجب أنه يدفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا بوجبه (ولهذا جعل السفر عذرا) يعني إذا استاجر غلاما للخدمة في المصر ثم أراد المستاجر السفر فهو (٧٨) عذري فسخ الأجرة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد إذا ذكرنا ولو منع من السفر تضرر

ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاشكال الحداد والقصار في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبق غيرهما داخل في الركوب (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستاجر أن يأخذ منه الأجر) وأصله أن الأجرة صحيحة استعسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز ولا نعدم إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجبه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ما ذون فيه كقبول الهبة وإذا زاد ذلك لم يكن والعرف يوجب أنه يدفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا بوجبه انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه فنار لأنه يتقضى بمسألة الصلح إذا لاشك أن المصالح أيضا تلك منافع العبد على الإطلاق كالمولى بل هو أيضا أعلا عليها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع أنه لا يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج إلى الفرق (قوله) ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبق غيرهما داخل في الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى (أقول) الفرق بينهما مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل في إطلاق العقد رأسا بناء على أن صرف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد لأن الخدمة في الحضر تعينت بقدر ينحصر في حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبق المجال للأخرى كفي الركوب فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبته أو لا تعينه الركوب فكذا ههنا ويرشد إلى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة الميسر والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ولأن الطاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الردور بما يربو ذلك على الأجرة

فكان عذرا تفسخ به الأجرة (قوله) فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينقطعها الإطلاق (ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فإذا تعينت الخدمة في الحضر عرف فلا يبق غيرها داخل في الركوب) فإنه إذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الركابين فكذلك ههنا (ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا) فعمل (فأعطاه الأجر فليس للمستاجر أن يسترد منه الأجر استعسانا وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لا تصح الأجرة لانعدام إذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا أحر على الغاصب (فصار كما إذا هلك العبد) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب والأجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على

(قوله) ولهذا جعل السفر عذرا) يعني إذا استاجر غلاما للخدمة في المصر وأراد المستاجر أن يسافر فهو عذري فسخ الأجرة لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد إذا ذكرنا ولو منع من السفر تضرر المستاجر فلماذا جعل عذرا (قوله) كفي الركوب) يعني إذا أطلق الركوب فإذا تعين ركوبه لا يكون له ولا يترك ركوب غيره وكذا في العكس فإن قيل هو في ملك منافع منزله المولى في منافع عبده والمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر به قلنا إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته (قوله) فصار كما إذا هلك العبد) أي في ذلك العمل فإنه يجب على المستاجر قيمته ولا أجر عليه فيما عدا ذلك لأن المستاجر صار غاصبا بالاستعمال فيضمن قيمته عند الهلاك وإذا ضمن قيمته صار مال كاله من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبده بنفسه فلا يجب عليه الأجر فإن قيل يشك هذا بما إذا دفع الأرض إلى عبد محجور عليه مزارعة ليرزعهما العبد بذره فهلك العبد في عمل المزارعة فإنه لا يضمن قلنا إن البنو لما كان من العبد يصير العبد مستاجر للأرض ولا يصير صاحب الأرض

للمستاجر

اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ما ذون فيه كقبول الهبة وإذا أجاز المدعي لم يكن له أن يسترد منه

(قوله) لأن المنفعة في النقل كانت له) أقول يعني كانت للأجر (قوله) وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول الصلح يجب حله على أقرب العقود البه وأشبهها لما أنه ليس عقدا رأسه فهذا الصلح محمول على الأجرة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه والافسار الفرق والجواب أن الفرق واضح فإن المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل في النهاية قوله ويلزمه) أقول أي يلزم الآخر (قوله) وليس المستاجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله) ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر

قال (ومن غصب عبدًا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدًا فآجر العبد نفسه فآخذ الغاصب الاجر فأكاله لم يضمن عند أبي حنيفة ولا هو ضامن
لأنه كل مال المالك بغير إذنه اذا اجارة قد صححت على مامر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمجور وما ذون في المنافع ولا يبي حنيفة أن
الضمان انما يجب باتلاف مال مجر زان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في (٧٩) حق الغاصب اذا العبد لا يجزى نفسه

عنه فكيف يجزى ماني يده
وهذا لان الاحراز انما يكون
يد المالك أو يد نائبه ويد
الغاصب ليست بهم ما ويد
العبد كذلك لأنه في يد
الغاصب فان قبل الغاصب
اذا استهلك ولد المغصوبة
ضمنه ولا احراز فيه أوجب
بانه تابع للام لكونه جزأ
منها وهي محرزة بخلاف
الاجر فانه حصل من المنافع
وهي غير محرزة (وان وجد
المولى الاجر قائمًا بعينه أخذه
لأنه وجد عين ماله ويجوز
قبض العبد الاجر في قولهم
جميعا لأنه ما ذون له في
التصرف على اعتبار الفراغ
على مامر) من قوله والنافع
ما ذون فيه كقبول الهبة
واذا كان ما ذونا له وهو
العائد رجوع الحقوق اليه
فكان له القبض وفائدته
تظهر في حق خروج
المستاجر عن عهدة الاجرة
فانه يحصل بالاداء اليه ووضع
المسئلة فيما اذا آجر العبد
المغصوب نفسه فان آجره
الغاصب كان الاجر له لا
للمالك ولا ضمان عليه
بالاتفاق وان آجره المولى
فليس للعبد أن يقبض الاجرة
الا بوكالة المولى لأنه العائد
(ومن استاجر عبدًا هذين

للمستاجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدًا فآجر العبد نفسه فآخذ الغاصب الاجر فأكاله فلا ضمان عليه عند
أبي حنيفة وقالوا هو ضامن) لأنه كل مال المالك بغير إذنه اذا اجارة قد صححت على مامر وله أن الضمان انما
يجب باتلاف مال مجر زان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يجزى نفسه عنه فكيف يجزى
ماني يده (وان وجد المولى الاجر قائمًا بعينه أخذه) لأنه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم
جميعا) لأنه ما ذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على مامر (ومن استاجر عبدًا هذين الشهرين شهرًا
باربعة وشهرًا خمسة فهو جائز والاول منهما باربعة)

فيتين موضع العقد مكانا لا لا سيقاه بدلالة الحال كداني المبسوط والذخير: انتهى (قوله ومن استاجر عبدًا
محبورًا عليه شهرًا وأعطاه الاجر فليس للمستاجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب السكاكي في تقريره هذه
المسئلة (ومن استاجر عبدًا محبورًا عليه شهرًا فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقفي
أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدًا محبورًا عليه شهرًا
كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقر وعرفت فيما غير مرة ان الاجير يصير بذلك
الوقت أجيرًا خاصًا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة
وان لم يعمل كن استؤجر شهر الخدمة أو لرى العثم فسامعنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم
لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا أنه لم
يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادًا فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل
تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذا انحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في
الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فواجبه

عاصمًا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرًا حتى لو كان البذر من قبل صاحب الارض وهلك
العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب في الصبي المحبور وكذلك والمعنى انه فيه أمين اذا ضمن
فيه كذا في الفوائد الفقهية وفي اذخيرة اذا هلك المحبور من العمل في هذه الصورة فان كان المحبور صبيًا
فعلى عاقلة المستاجر دية وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحبور عبدًا فعلى المستاجر قيمته ولا آجر
عليه فيما عمل له العبد ما ذكرنا (قوله ومن غصب عبدًا فآجر العبد نفسه) قيد باجارة العبد نفسه لأنه لو آجر
الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق (قوله لان التقوم به) أى بالاحراز (قوله
وهذا غير محرز) لان الاحراز انما يثبت بسد حافظة كيد المالك أو بيد نائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد
العبد ليست بيد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونًا عليه ولا يجزى نفسه عن الغاصب فكيف
يكون مجر زاماني يده فان قيل يشكل هذا بولد المغصوب لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن مجر زاني حق
الغاصب قلنا لو لم يتقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير متقومة
فكذا ما حصل منها (قوله في حق الغاصب) أى غير مجر زان للمولى في حق الغاصب ولكنه مجر زان للمولى في حق
غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن (قوله ويجوز قبض العبد الاجر في
قولهم جميعا) وفائدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة لأنه عائد وما اذا آجره المولى فليس
للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة عن المولى لان القبض من حقوق العبد فثبت للعائد (قوله على مامر)
اشارة الى قوله والمنافع ما ذون يسه كقبول الهبة (قوله ومن استاجر عبدًا هذين الشهرين) وفي عامة

الشهرين شهرًا باربعة وشهرًا خمسة فهو جائز والشهر الاول منهما باربعة
(قوله أوجب بانه تابع للام لكونه جزأ منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا لما قاله الآقن من أن العبد لا يجزى نفسه لان عدم احرازه لنفسه
لا ينافي كونه مجر زاني حق المالك

لانه المذكور اولاً والمذكور اولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحري بالبحر (وذلك لانه لما قال شهر ابار بعة على سيدل التنكير كان مجهولاً والجاره ففسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحري بالبحر كذا قال استاجر منك هذا العبد شهر او سكنت فانه ينصرف الى ما يلي العقد) او نظرا الى تنجز الحاجة) فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعو الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذ انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر المجهول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة وشهر ابار بعة (٨٠) فقال المستاجر استاجرت هذين الشهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة (قوله

ومن استاجر عبدا شهرا بغيرهم الخ) ظاهر خلاف قوله فيترج بحكم الحال فانه استشكل بان الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لوجه المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف أشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحان لم يصلح حجة في نفسه وبنيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فعمل الحال مرجح الكلام المؤجر لانه لا يستحقاق فهو في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

لان الشهر المذكور اولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحري بالبحر او نظرا الى تنجز الحاجة فيصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة (ومن استاجر عبدا شهرا بغيرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستاجر آبق أو مريض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتي بي بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لان ما اختلفنا في أمر محتمل فيترج بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور اولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحري بالبحر او نظرا الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعناية وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرا من شهر ابار بعة وشهرا بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة فقال المستاجر استاجر منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين خللت احجاب المؤجر في تنكير فصلح التعليل بتجز الحاجة لا ثبات التعيين الى هنا كلامه واقفني أثره صاحب الكفاية في نسخ هذا المقام على هذا النوال ولكن بنوع تغيير تحري في أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر المجهول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة فقال المستاجر استاجرت هذين الشهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة (أقول) لا الشبهة شيء ولا الجواب أما الشبهة فلان

الكتب استاجر عبد الشهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة اسم اشارته وقوله تحري بالبحر او نظرا الى تنجز الحاجة لا يطابقه وضع المسئلة في المعين ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة فقال المستاجر استاجر منك هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلت احجاب المؤجر في تنكير فصلح التعليل بتجز الحاجة لا ثبات التعيين (قوله تحري بالبحر او نظرا الى تنجز الحاجة) وهذا لانه ان لم ينصرف الشهر المذكور اولاً الى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهر من شهرين وهو عر وهو هذا فافاد فلا بد من صرفه الى ما يلي العقد تحري بالبحر او نظرا الى تنجز الحاجة دليل الجارة على الاقدام على الجارة دليل تنجز الحاجة الى ذلك منفعته العبد وجب صرف الشهر المذكور اولاً الى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة (قوله أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه) فان مستاجر الرحي اذا اختلف مع صاحب الرحي في جريان الماء في المدة فان القول قول من يشهده

أن يقال قوله شهر او شهرين تفصيل للشهرين بلغة التنكير فاحتمل هذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستاجر وانقطاعه اعطاهم كافى الكتاب فاجاب الكتاب ايضا ما ذكر (قوله وأجيب ان المذكور) أقول المحبب هو الامام جعفر بن محمد بن حواشيه على الهداية ثم قال مولانا طاهر الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعناية والاسيما في المعينة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله هذين بل في نفسه اذا استاجر عبدا شهرا من شهرين شهر ابار بعة وشهر ابار بعة (قوله أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة) لانه لم يثبت مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معر فانظر الى تعيينه لما أتى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف فليست أم

وانقطاعه

* (باب الاختلاف في الاجارة) *

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله ثباً وقال الخياط بل قمصاً أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صبغته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقربه لزمه

التعليل المازر يستقيم ويتم تنكير شهر في شهر اباربعة وشهر بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهر من اذ على تقدير تعريف الشهر من يصير المعين مجموع الشهر من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الاول منهما اباربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما ما واجبه فاحتج الى الاستدلال على كون الاول منهما اباربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا يخبر عاياه أصلاً وأما الجواب فلأنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبداً في قوله ومن استاجر عبداً هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استاجره هو العبد الذي أجره المؤجر منه على أن كون اللام في قول المستاجر للعهد انما يتصور فيما إذا كان كلام المؤجر مقديماً على كلام المستاجر في العقد وليس ذلك بل لازم أن يأمن المتعاقدين تكام أو لا يصير كلامه بما يجب افاذا قبل الاخترازم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة تخالفاً لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعاراً بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سبحانه عند تنكير شهر في شهر اباربعة وشهر بخمسة انما يبينه في رد الشبهة آنفاً وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفة فانظر الى تعينه المآلى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف أنتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضاً الا لا يذهب عليك أن قوله شهر اباربعة وشهر بخمسة من كلام المستاجر وأنه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المصنف لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا لا يرضيه العاقل ثم أقول في ههنا كلام وهو ان الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبداً بل هو منتهى في صورة أن كان حراً أيضاً العين الدليل المذكور في الكتاب فوجدت كره هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه له اختصاص بالعبد من الاحكام والافتك من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبداً أكثر من كونه حراً في الامر على الأكثر اذ لا نسلم أن ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حراً أكثر استقلاله وأكثر احتياجه الى الاجرة لاتفاق نفسه وعياله وأيضاً لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير أيضاً في هذا الباب والله الموفق للصواب

* (باب الاختلاف في الاجارة) *

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بمعارض

الحال وان اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستاجر عشرة أيام وقال الاجير خمسة أيام فالقول للمستاجر والبينة للاجير وهو يصلح مرجحان لم يصلح حجة في نفسه اذ التراجع ابدأ انما يقع بما لا يصلح حجة وقد عرف في أصول الفقه والله أعلم

* (باب الاختلاف) *

(قوله لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أي لو أنكره قد اجارة كان القول قول رب الثوب فكذا

* (باب الاختلاف في

الاجارة) *

لما فرغ من ذكر أحكام

اتفاق المتعاقدين وهو

الاصل ذكر أحكام

اختلافهما وهو الفرع لان

الاختلاف انما يكون

* (باب الاختلاف

في الاجارة) *

لعراض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقد وعليه كالقباء والقميص في الخياطة أو الجرة والصبرة فانه قول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذلك اذا أنكر صفته لكن بعد البين لانه أنكر ما لو أقرب له فانه حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذ وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في (٨٢) قوله ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قبضاً بغيرهم فخطه قباءاً وترض بان هنالك اتفق

المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد عين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاخر اعتباراً فكأننا في الحكم في الانتهاء سواء ذكر في بعض نسخ القدوري ضمنه أي ضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله ضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخضر والصابون في عمل الغسال فلا يبر صاحب الثوب مشترطاً للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال

قال (واذا حلف فاني خياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء أخذ وأعطاه أجر مثله وكذا يجزى في مسألة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حراً قاله أي خليطاله) (قوله الاجراء الا فلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر حراً على معتادهما (وقال محمد ان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله) لانه لما فسخ الخاقون لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجراء اعتباراً للظاهر وقياساً ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن

(قوله) واذا حلف فاني خياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قبضاً بغيرهم فخطه قباءاً كذا في الشرح وعرض بان المتعاقدين كانا هنالك متفقين على أن المأمور به خياطه اقميص والاجير خالف فخط قباءاً وههنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المستثنين كيف يتحدد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسائلين ابتداء ولكن اتحدتا بانتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاخر اعتباراً فكأننا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولأنه ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديداً ما أؤلفا فلان ما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقررًا عندهما فيجب الضمان قطعاً وما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير وفي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا بطريق الاولى اذا اختلفا وما نأينا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فمعنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا (قوله) والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة تهمة الى الاستحقاق يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون بحسب الدفع دون الاستحقاق فان بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كخبار الاحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا

اذا أنكره صفته (قوله ومعناه ما مر من قبل) أي قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قبضاً بغيرهم فخطه قباءاً (قوله وذكر في بعض النسخ) أي نسخ القدوري (قوله) ضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان) أي ضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف أمر الآخر في الوصف صار بمنزلة الغصب (قوله) لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يقوم بالعقد ولا عقده ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر ودعى العمل بغير أجر اذ لا اعانة تبرع بالمنافع (قوله) وينكر الضمان) أي وجوب الاجر (قوله) حريقاله) الحرف بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب وحريقاله الرجل معاملة

الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقوم بالعقد وينكر الضمان والظاهر والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حراً قاله أي خليطاله وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجره الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر حراً على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلاً كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

لأنه لما دفع الخافون لاجله جرى التنصيص على الآخر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة فترضى أنه عنه لأنه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع * (باب فسخ الاجارة) * تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة إذ الفسخ بعقب العقد لا بمحاله قال (ومن استأجر داراً فوجد فيها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وأنما توجد شيئاً عندنا خلافاً لما في الاستأجر داراً (فوجد فيها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا إذا استأجر عبد الخدمة فذهبت كلتا عينيه وأما إذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهب أحد عيني العبد فلا فسخ له (قوله لأن المعقود عليه) دليل على ذلك وجهه أن المعقود عليه هو المنافع وأنما توجد شيئاً فشيئاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثاً قبل القبض وذلك واجب الخيار كافي البيع وعلى هذا الفرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو (٨٣) قبله لأن الذي حدث بعد قبض

المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كفي البيع فإن المشتري إذا رضى بالبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذا إذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزال سببه (وإذا خربت الدار أو أقطع شرب الضيعة أو أقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة إلى أن عقد الاجارة ينفسخ بانعدام الدار لأنه لو لم ينفسخ العقد لشروط حضرة صاحب الدار لأنه رذيع وهو لا يصح الاحتضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل

الظاهر للدفع والحاجة ههنا إلى الاستحقاق والله أعلم * (باب فسخ الاجارة) * قال (ومن استأجر داراً فوجد فيها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لأن المعقود عليه المنافع وأنما توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كافي البيع ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كفي البيع وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزال سببه قال (وإذا خربت الدار أو أقطع شرب الضيعة أو أقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) لأن المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه قوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاته على وجه يتصور عودها فاشبهه بالإبق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمنع ولا لا تجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه ينفسخ (ولو أقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الأجر بحصته)

لأنه رجة الاستحقاق ممنوع وأما أخبار الآحاد فيعزل عما نحن فيه فانما من الأدلة القطعية الظنية لوجب العمل دون العلم عند الجمهور وعلى ما عرف في الأصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب * (باب فسخ الاجارة) *

وفسره ههنا بالخليفة وأراد به من بينك وبينه أخذوا عطاء مثل أن كان الرجل يعمل قصاراً وكان يدفع اليه الثوب باجرة ويقاطعه ويدفع الثوب اليه في هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله أي القول قوله في أنه عمله باجر وقال محمد رحمه الله من اتخذ كائناً واتصّب بعمل القصار بالاجر فاقول قوله قال شيخ الاسلام رحمه الله وعليه الفتوى والله أعلم بالصواب * (باب فسخ الاجارة) * (قوله وأنما توجد شيئاً فشيئاً) فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار وهذا يدفع شبهة من قال إن عقد الاجارة لازم كالبيع ثم إن العيب إذا حدث في البيع بعد ما قبضه المشتري ليس للمشتري أن يرده فكان ينبغي أن لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة أيضاً فقال إن العيب الحادث في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض لأن المعقود عليه المنافع وأنما توجد شيئاً فشيئاً فصار جده من العيب يكون حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كفي البيع إذا رضى بالعيب لا يرجع بالنقصان (قوله ما أزال به العيب) كإصلاح ما أتلفه من الدار (قوله فاشبهه بالإبق في البيع) أي إذا أبق المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيع كذا هنا (قوله وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه ينفسخ) أي قوله ليس للمستأجر أن

القبض فشابه قوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ (صح النقل بما روى هشام) عن محمد فبين استأجر داراً فأنه لم يقبضه المؤجر ليس للمستأجر أن يمنع ولا المؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه ينفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاته على وجه يتصور عودها فاشبهه بإبق العبد المبيع (قوله ولو أقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الأجر بحصته

(قوله واعترض بان هناك اتفاق المتأقذين الخ) أقول ولك أن تقول إذا كان الحكم إذا اتفقا بالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلة من ما سجي في الغصب من رعايتك الجانبين قال المصنف (وقال محمد إن كان الصانع معروفاً الخ) أقول قال الزيلعي والفتوى على قول محمد اه ومانق النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد اه ذكره جدى الشيخ الامام المحمدي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بان الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد * (باب فسخ الاجارة) *

لانه جزء من المعقود عليه) أو رده استشهاده على أنه لا ينسخ بانقطاع الماء قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقضي ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المالم ذلك المورث الى الوارث وأما اذا عقد لها غيره كالأول والوصي والمتولي في الوقف (لم تنسخ لان عدم ما أثرنا اليه) وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة (٨٤)

لانه جزء من المعقود عليه قال (وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (وان عقد لها غيره لم تنسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لان عدم ما أثرنا اليه من المعنى قال

ذكر باب الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا يحاله فناسب ذكره آخر (قوله وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقضي ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المالم ذلك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قدم في أول باب الاجرة متى يستحق أن الاجرة تلك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التججيل أو بالتججيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الأولىين فبما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال المالم ذلك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتججيل الاجرة أو بشرط تججيلها فالتججيل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة ولا ظهر في تجليل هذه المسئلة أن يفعل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستاجر بعلة مستقلة كل موقع في السكنى وكثير من الشروح سبب في النهاية نفع الملبس حيث قال فيها ولنا طريقتان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لغوات المعقود عليه لان رتبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تتحد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى أن المستاجر اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستجير مالك للمنفعة وهذا لان الوارث لا يخلفه ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث في الوقت الثاني والمنفعة

الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقع الغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجرة فمات أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينسخ العقد وأجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المغارة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه للضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستقصان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا

يمنع أي عن القبض ولا لاجر أي عن التسليم تنصيص على انه لم ينسخ لكنه ينسخ أي له حق الفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد ان دام البناء يتأني فيه السكنى بنصب الغسطاط فيبقى العقد بهذا ولكن لا أجر على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار وقال محمد رحمه الله في السفينة المستأجرة اذا انقضت وصارت ألواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر وقال محمد رحمه الله لا تشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقص اذا أعيدت صارت سفينة أخرى الا ترى ان من غصب من آخر ألواحاً وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فامارسه الدار فلا تتغير بالبناء عليها (قوله لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز) ما في موت الآخر فلان المنافع التي تحدث على ملكه هو المعقود عليه وبموته تنتقل رتبة

على القياس كظهور الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس يلزم فانا قد قلنا ان كما مات العاقد انفسخ ولم يلزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله به رائد لا طائل تحته بل نخل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبنى على القرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن نصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد بقاءه مستحقة لغير العاقد بالعدم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد الوارث المستأجر

نقصه هو أن المعنى الذي
انفسخ العقد لاجله اذا مات
العاقدا لنفسه وهو ضرورة
المنفعة المملوكة والاجرة
المملوكة لتغير من عقده

مستحقة بالمقدم وجود فيه
فانفسخ لاجله قال (ويصح
شرط الخيار في الاجارة) اذا
استاجر دارا سنة على أنه أو
المؤخر فيها بالخيار ثلاثة أيام
فهو جاز عندنا (وفي أحد قولي
الشافعي لا يجوز لأن الخيار
ان كان للمستاجر لا يمكن
رد الموقوف عليه بغير لغوان
بعضه وان كان للمؤجر

فلا يمكن تسليمه على السكال
لذلك وكل ذلك يمنع الخيار)
وهذا بناء على أصه ان
المنافع جعلت في الاجارة
كالاعيان القائمة وقوفان
بعض العين في البيع يمنع
الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه
عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس وكل
ما هو كذلك جاز اشتراط
الخيار فيه والجامع دفع
الحاجة) فانه لما كان عقد
معاملة يحتاج الى التروي
لئلا يقع فيه الغبن (وفوان
بعض الموقوف عليه فيه
لا يمنع الرد بخيار العيب) كما
تقدم (فكذا بخيار الشرط)
قوله عقد معاملة احتراز عن
النكاح وقوله لا يستحق
القبض فيه في المجلس احتراز
عن الصرف فان الخيار

(ويصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لأن المستاجر لا يمكنه رد الموقوف عليه بغيره لو كان
الخيار له لغوان بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على السكال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد
معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وقوفان
بعض الموقوف عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الموجود في حياة المستاجر لا يبقى لتورث والتي تحدث بعدهم لم تكن مملوكة له لاختلافه الوارث فيها فالملك
لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه
لا يختلف فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لأن المستاجر لا يمكنه رد
الموقوف عليه بغيره لو كان الخيار له لغوان بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على السكال وكل ذلك
يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرع عندهم أن الاجارة على نوعين نوع برد العقد فيه
على العمل كاستئجار رجل على صبح ثوب أو خياطة ونوع رد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى
وأرض الزراعة والدليل المزبور لا ينشئ في النوع الاول أصلا لأن عدم إمكان رد الموقوف عليه بغيره وعدم
إمكان تسليمه أيضا على السكال انما ينشأ من أن يتلف شيء من الموقوف عليه بغيره في مدة الخيار كما ينشأ عليه في الكافي
والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من الموقوف عليه قبل العمل قطعاً وكذا لا يتلف شيء في بعض من
النوع الثاني وهو ما لا يعين الموقوف عليه فيه بالمدة بل يعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا

الدار ومنعهم الى الوارث فبطل الاجارة لغوان الموقوف عليه لان تبدل الملك كتبدل المملوك ألا ترى انه لو باع
الدار براض المستاجر بطلت الاجارة لا تنقل الملك فيها الى غيره وفي موت المستاجر لو بقي العقد بعد موته انه يبقى
على ان يختلف الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى ان المستعير لا يختلف وارثه هذا لان الوارث لا يختلف فلا
يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويختلف الوارث فيه في الوقت الثاني كالعين
واذا تعذر اثبات الارث تعين البطلان كعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصى والوكيل وصولي
الوقف لان العقد ينتقل الى ذلك الغير شرعاً فلا يكون المستحق غير العاقدا فاعدم ما ذكرنا من المعنى فان قيل
لما كانت الاجارة تتجدد في حق الموقوف عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان تعمل اجارة الوارث فيه لان
العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كافي تصرف الفضولي قلنا انما لا يعمل اجارته لانه لم يتوقف على
حقه عند العقد فلا يتوقف على اجارته والغرض ما بينا ان الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في أقواله
ولا في عقود التي عقدها لنفسه وعليه كما اذا وهب شيئاً ومات قبل التسليم أو وكل رجلاً ببيع ماله فلم يبيع
حتى مات الموكل فان الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المستلتي لما قلنا انه لا يقوم مقامه في أقواله وهذا
بخلاف النكاح حيث لا يبطل نكاح أمته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبت الوارث
بملك ربة الامه متحقق مما هو حق الزوج كولو باعها المولى لا يبطل النكاح (قوله ويصح شرط الخيار) في
الاجارة) و يعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لأن جواز الاجارة عنده
بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشرط الخيار
ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعلت ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير
ممکن أيضاً لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من ان يتلف شيء من الموقوف عليه في مدة الخيار وذلك مانع من
الفسخ ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً لان المستاجر اذا استاجر داراً هذا الشهر مثلاً فعلى المؤجر
التسليم شهر إنكاه فلما مضى بعض الشهر لا يمكنه التسليم على السكال (قوله ولنا انه عقد معاملة) هذا احتراز
عن النكاح فان مطلق المعاملة ينصرف الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة أي معاوضة لان فيها
تقابل العوضين وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصور فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة (قوله لا يستحق
القبض فيه في المجلس) احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البديل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار

ففيه ما لا يبيع وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع يمكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعدمضي بعض المدة) لان التسليم بكمله غير ممكن وهذا عندنا خلاف الشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى (٨٦) مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحا كالمس لم يستأجر أن يمنع من القبض

في بقية السنة عندنا ولا المؤجر أن يمنع عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستاجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الأصل الذي بيننا المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض بغير فيما بقي لاتحاد الصفقة وتفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حتى الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجب المستاجر بيان فرع آخر لنا لا استشهاد احيث لم يكن الخصم قائم له قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذلك الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجب المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعدمضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فصار العذر في البيع كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا لم يبيعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كن استأجر دارا ليقع ضرر سلو جمع به فسكن الوجع أو استأجر طبا خاليا طبخ له طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دارا كان في السوق ليخبر فيه فذهب ماله وكذا من أهد كائنا وادار اثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بئس ما أجز ففسخ القاضي العقود باعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الخيس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر

معلوما أو ركبها مسافة سماها وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور فاصرا عن افادة ما دعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليست مل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العز قال بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه أي وفوات بعض العقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان وفوات بعض العقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لمان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة في البيع ودال البيع كالموكل يمكن فاشترط فيه عدم وفوات بعض العقود عليه للرد لا مكانه ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى لو اشترى شيئا ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض العقود عليه بالعيب الحادث (قوله فيشترط فيه دونه) أي فيشترط رد الكل في عقد البيع لا مكانه لاني عقد الاجارة لعدم امكانه (قوله ولهذا يجب المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعدمضي بعض المدة) كما اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحا كالمس لم يكن للمستاجر أن يمنع من القبض في باقي السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما يثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعذر كما وقع وقم متفرقا فانه بنعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني من المنفعة مستقبا بعقد آخر وما ملكه بعقدين فتعذر التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر وعند الشافعي رحمه الله للمستاجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة كالموكل اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض (قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ) بعذر وبغير عذر الا بالعيب وعند شرح رحمه الله تفسخ بعذر وبغير عذر لانه عقد على المعلوم كالعارية والحالة العاجزة ولا حاجة الى اثبات صفة الرزوم (قوله اذا لم يبيعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به) فان جاوز هذا العقد الحاجة لزمه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه باصل القياس

به) كالبيع (اذا لم يبيعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به) وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقع ضرر سلو جمع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لا كاة وقعت بهائم (قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها ديون اقامة الدار مقامها مثلا

برأت فانه لا يجبر المستاجر على قلع الضرر واتخاذ الولية وقطع اليد بالجملة لان في الماضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحالك قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (٨٧) (فسخ القاضي اشارة الى الافتقار

السبب في النقص وهكذا

ذكر في الزيادات في عذر الدين قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر وجهه في الكتاب) (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي)

وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الأئمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيتان والمجوبون قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهر الاحتياج الى

القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله) ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر أي ظهر له فيه رأى منه

عن ذلك ظاهر خلافا لموضع ينه (قوله) ومن أجرة عده ثم باعه فليس بعذر) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن هل له أن يبيع بعد ما آجر اختلقت ألفاظ الروايات وقال شمس الأئمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر أن يفسخ البيع واليه مال

ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يقتصر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر في عقد العاقبة بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنه من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا الاحتياج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للبحر فذهب وقتها وأطلب غريمه فضرر أولي التحوار فافتقر (وان بدلا للمكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يعقد ويبيع الدواب على يد تلميذه أو أجيده (ولو مرض المؤجر ففسخ كذا الجواب) على رواية الأصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر في دفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجرة عده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يغوته الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لقوات مقصوده وهو رأس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخيط بأجر فمأله الخياط والمخيط والمقرض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يعقد الغلام للخياطة في ناحيته وهو يعمل في الصرف في ناحيته وهذا بخلاف ما اذا استاجر كالأخياط فإراد أن يتركها ويستعمل في عمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الأصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان

أصل ولا اجماع ولا قول صحابي بل يجبر بالاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد عرفت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن العصابة الفسخ بذلك وكو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهام على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فبالاكثر من يقع ضرره فبرأ وانقل قبل قله أو أكثرى كماله ليعمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) ظاهرا ساقط جدا لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الأدلة الشرعية الاربع على ما تقر في علم الأصول فيكفي

وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التملك كان تمنع لزوم في الحال كالوصية (قوله) انه فصل مجتهد فيه) لان فيه خلاف الشافعي رحمه الله على ما ذكرنا فلا بد من الزام القاضي قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الأصح (قوله) ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا) بان ماتت المرأة أو اختلعت فبها اذا استاجر مطباخا لطبخ طعام الولية أو مات الولد فبها اذا استاجر الختان ليختنه (قوله) وروى الكرخي رحمه الله انه عذر وهو) أي مرض المؤجر لانه لا يعرى عن ضرر في دفع عنه عند الضرر وهو المرض دون الاختيار عذر وهو ما اذا بدله من السفر وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله قال اذا امتنع وب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذره لانه يقول غيري لا يتفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي واذا تعذر عليه الخرج للمرض يلحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلزمه بالعقد (قوله) ومن أجرة عده ثم باعه فليس بعذر) فان باعه مع هذا هل يجوز فقيه اختلاف الفاظ الروايات قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح اجازات الأصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر ليس للاستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد رحمه الله (قوله) تاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه (وقيل

الصدر الشهيد وقوله) (أما الذي يخيط بأجر فمأله الخياط والمخيط والمقرض فلا يتحقق فيه الافلاس) قبل وقد يتحقق افلاسه بان تظهر

(قوله) وفيه ما مر غير مرة (أقول) من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى اعتمادا قالوا من جواب المسئلة على أنه وجوبه حل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفاؤه غير مسلمة قال المصنف (ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدله رأى أي

حياة عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا ياتمون به على أمتعتهم (قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) قيل فإن قال المؤجر أنه لا يريد السفر ولكنه يريد فسح الاجارة وأصر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عن يسافر معه فإن قال فلان وفلان فالقاضي يسأله عن ان فلانا هل يخرج معكم أولا فإن قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا ذكر المؤجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرنى والقدرى رحمهما الله * (مسائل منثورة) * معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصل الزرع أي سبذه والحصاد يجمع حصيد وحصيد وهم الزرع المحسود والمراد بهما ههنا ما يبقى من أصول القصب المحسود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الرج هادنة قال في النهاية بالنون من هدت أي سكن وفي نسخة هادنة من هدا أي بالهمز أي سكن وهذا التخصيص الذي ذكره من الهادنة والمطربة اختار شمس الأئمة السرخسي (قوله واذا أقرع الحياط الخ) يعني اذا كان الحياط أو الصباغ معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاعتقد في دكانه (٨٨) رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل

من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجير بالنصف وهو مجهول وأن تقبل العمل العامل كان مستاجر الموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رحمه الله مال الى وجبه القياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان وجبه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمن العمل

فالممكنهما (ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لأنه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطاق) لما مر أنه يتقيد بالضرر بخلاف ما اذا أجزع قارا ثم سافر لأنه لا ضرر اذا استاجر بمكته استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر * (مسائل منثورة) *

تحقق ذلك في اثبات حكم شرعى وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع ففسخ به وبين الجامع بقوله اذا المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وإنما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يتقدم أم لا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا ينقل الفسخ بذلك عن العهبة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل أن جملة ما شئت به في ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر السكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم يتقدم عليه اجماع ولم ينقل عن العهبة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

(مسائل منثورة)

لا يحتاج الى التاويل فان الحياط الذي يعمل للناس قديح عجز عن ذلك بان تظهر رعايته عند الناس فيحتاجون عن معاملته وتسليم العمل اليه (قوله وكذا اذا أطاق) بان قال استاجرت منك هذا العبد للخدمة ولم يقل في حضرو أو في السفر (قوله بخلاف ما اذا أجزع القار ثم سافر) وفي الذخيرة ولو ارادوب العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذر له في فسخ الاجارة لأنه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويتخلى بين المستاجر وبين العبد فعلم ان ذكر العقار ليس بقيد والله أعلم * (مسائل منثورة) *

قال

عابهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل

لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رأيت مسلون سنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي أن يشتر كل على أن يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر أوجب بان الشركة في الخارج تقتضى اثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كل منهما الاختصاص أحدهما بالتقبل والاخر بالعمل ذكرنا وتخصيص الشيء بالذکر لا يدل على نفي ما عداه فالمكنتا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحاً ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الاخر جاز فكذا هذا وهذا هو المذکور في إمامة الشرع لما ذكره المصنف فانه قال

ظهر له رأى يمنع من السفر * (مسائل منثورة) * (قوله فيكون العامل أجير بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضا هو من قبيل فقير الطعان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فان تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولها في العبارة مسامحة (قوله أوجب بان الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

قال (ومن استأجر أرضاً واستجارها فاحرق الحصاد فاحرق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم ثم لا تستقر في أرضه قال (واذا أقعده الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

أي مسائل نثرت عن أما كتبنا وذكرت هنا تلافيا لما فات (قوله) واذا أقعده الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة اذا كان للخياط أو الصباغ مكان معروف وهو رجل مشهور وعند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق في عمله في ذلك وجلا حاذقا لتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنتفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالحامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لاحتماله وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر اوضاع جالوسه من ذلك نصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندى أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل بابدانهم حاسوا فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهم يجب به الاجر بخلاف كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة المنافع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين أحدهما لتولى القبول ليس يلزم في شركة التقبل وإملا مراده كونه من متناولها في العبارة مسامحة اه (أقول) منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحس المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك يبراديل الواو فيه للحال

(قوله فاحرق الحصاد) حصد الزرع حرقه حصداً وحصاداً من باب طلب وضرب والحصاد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود واريدهم انهما باقى في الارض من اصول القصب المحصود (قوله لانه غير متعد في هذا التسبب) والضمان طريق التسبب يعنى التعدى في السبب ألا ترى ان من حفر بئراً في داره فوق وقع فيها انسان فهلاك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى سهماً في ملكه فاصاب نفسه أو ماله فهلاك لا يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدى وهذا لان المباشرة آلة فلا يبطل حكمها بعذر السبب فليس بعلة فلا بد من مسعة العذر وان لم يلحق بالعلة وإسراق الحصاد ههنا مباح وليس يتعد فلا يضاف الناف اليه قال شمس الاثنا السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادئة حين أوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة فينبغي ان يضمن لان موقد النار في يوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في أرضه ولكن الريح تذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه اتى في أرضهم (قوله) واذا أقعده الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذه ابوجهة يتقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان للصباغ أو الصباغ مكان معروف وهو رجل مشهور وعند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق في عمله في ذلك وجلا حاذقا لتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنتفعة والمنافع لا تصير رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالحامل أجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لاحتماله وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لوضع جالوسه من ذلك نصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل وفي العمل بابدانهم حاسوا فيصير رأس مال أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذه ابوجهاته يقبل وهذا بخلافه يعمل فينظم بذلك المصلحة فلا تغرر
 للجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر رجلا ليحمل عليه حجلا وراكبين الى مكة مجازوله المحمل المعتاد) وفي
 القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفيض ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو
 الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما قيل من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفيض ذلك الى المنازعة
 وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجال الحمل فهو أجود) لانه أنفى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا
 قال (وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدار من الزاد فكل منه في الطريق جائزه أن يرد عوضاً ما كل) لانه
 استحق عليه جملته مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه (وكذا غير الزاد من المسكيل والموزون) ورد الزاد
 معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاملاق

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليها حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيغهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجأه والاخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة * ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وان أحدهما يتولى القبول من الناس لجأه والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بضمه انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا الوجه يتقبل وهذا بخذاقته يعمل فيتعظم ذلك المصلحة فلا تضرة للجهاه فيما يحصل) قال الامام الزياي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا الوجه يتقبل وهذا بخذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتر كاعلى أن يشتر بأشياء أو حوهم ما يبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجهة يرشدا اليه قوله فهذا الوجه يتقبل وهذا بخذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يتبع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوافية في الهداية تجله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يتقبل العمل بوجهاته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونهاجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالعنى ان هذه المعقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقداجارة بالنصف الاثم بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجهة فلا نبوة عن هذا في شيء تأمل تغف

لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يميل وهذا بخلافه يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم وإذا كانت شركة لأجرة لم نضره الجهالة فيما يحصل كفى الشركة وقوله (ومن استاجر جلا ليعمل عليه محملا) ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلي عليك من كساء أو غيره (قوله ورد الزاد معتاد) جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ومن عادة المسافرين أنهم بما يكون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه أن العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا مانع

قال المصنف (لان هذه شركة
الوجوه في الحقيقة - الخ)
أقول قال صدر الشريعة في
شرح الوفاية في الهداية
جملة على شركة الوجوه
وفيه نظر لانه شركة التقبل
والصنائع فكان صاحب
الهداية أطلق شركة الوجوه
عليها لان أحدهما يتقبل
العمل بوجهته انتهى
ولا يخفى عليكم أن في قوله

من العمل بالاطلاق وهو أنهما أطلقا العقد على حل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيد بعدم رد ما نقص من المجهول فوجب جواز رد قدر ما نقص غلا بالاطلاق وهو عدم المانع والله أعلم * (كتاب المكاتب) * قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة فلما سببه أن كل واحد منهما عقد يستغاده المال بمقابلته ما ليس بحال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الاصلالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بحال يخرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصلالة يخرج به النكاح والطلاق والعناق على ما لم يفتن ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصلالة وكفى في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لأن الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو أنسب للاجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقدين المولى وعبد له فلهذا الكتاب ما يؤدى معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على ما لم يفتن المراد به ما يحتاج إلى إيجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتناق على ما لم يفتن وان كان عقدا احتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه يخرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدى معناه والفرق بينهما (٩١) من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز

يعود رقيقا دون العتق على مال وسيبها ما من غير مرة من تعلق البقاء المقتدر وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمهما من جانب العبدان فكذلك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة الملك في البدل اذا قبضه وألغاطها ابدالة على ذلك قوله لعبدده كاتبتك على مائة دينار اذا

* (كتاب المكاتب) *

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلعله تعالى

* (كتاب المكاتب) *

قال صاحب النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة كل واحد منهما عقد يستغاده المال بمقابلته ما ليس بحال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الاصلالة وهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اهـ (أقول) ان قوله وهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل يخلل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا بمعنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فمافائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراف في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكره فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلامعنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة العادة وفي عادات المسافرين انهم يسمي كاون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه فاجاب ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق أولى وهو ان المكاتب قبل الجمل المسمى من موضع ذلك واما ان يكون ذلك بدم ما تنقص من الزاد فلا مانع من العمل بالاطلاق

* (كتاب المكاتب) *

قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤدبها إلى نحو ما أول نجم كذا أو آخره كذا فاذا أديتها فانت حرة ان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما جواز هذا العمل من المولى فله قوله تعالى فكاتبوههم ان علمتم فيهم خيرا وذلك على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رجاء انه يمان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب

في الحقيقة نوع بثبوت عن هذا * (كتاب المكاتب) * قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصيغة تضمنت معاوضة متخمة ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كوتب عبد لعمر رضى الله عنه يقال له أو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله) واهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتقاني ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتق ولان الكتابة ما لها العتق بحال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونفس هذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغيره إلى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبتها للعتق لا لبيان مناسبتها لكتاب العتق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد انها لا يخرج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى أنه إخراج اليد من الرقبة ما لا وان أراد أنهم ليست بلا عوض فنسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف العتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فله تأمل

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

بالذكر وان لم يحب الاطراف فيها بل كفي تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراف وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو ورد عند الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستغاده المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض باليجاب والقبول بطريق الاصلالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصلالة يخرج به النكاح والطلاق والعتاق على ما قال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصلالة الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعتاق وأما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذا الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصلالة ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصلالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشئ من القيسدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيغ عنه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها مال الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذنابات أولى من نسبة العرضيات الى هذا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة بقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعدما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخرج عن سنن السداد قد صدرت في نفسه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكافرة ألا يرى انه اخراج اليد والارقبه ما لا وان أراد به انها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في

أن يعمل أو مندوب أو مباح
تعرض لذلك بقوله

جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعق على مال باب من أوقابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل نال الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية أن العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس بها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق تردده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في أن ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فان الكلام في الانسية لاني مجرد المناسبة فلا غشية لقوله ولا غش الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كانه عليه من قبل لم يغد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعبر بشرط العوض أيضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبر المعتبر داخلها والعرضيات ما اعتبر خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو ما لها الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاة أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثير من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهة ما من بعض الحشيات بالبيع الذي من ينسب بينها كتب كثيرة غير شبهة بالبيع من تلك الحشيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقدمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان يوجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الاجارة عقب ما ذكر قبلها وهو الهبة فاقترحت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يغوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبد له بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ما ذل معرفة الثاني تنوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يحجى على أداء العبد ما لا معلوما بمقابلته عتق يحصل له عند أدائه احسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابته وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة تقرر بريداني الحال و رقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يداه لاول رقبته ما لا العبد أنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبق له عليه ولا على اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرقبة في المحل

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء وانما هو أمر نذب هو الصحيح وفي الحل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما النذبة معلقة به

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتاب وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لان الامر للوجوب وقال انما هو أمر نذب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا أن الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيه خيرا مذكور على وفاء العادة فانهم باجرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال في الحاصل على الاباحة الغاء الشرط بيان لكونه للنذب وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزعه عن ذلك وفي الحمل على النذب اعماله لان النذبة

(قوله وتقريره أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على

فليتبر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كذا ودالصفهاني ومن تابعه ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتاب وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه اه (أقول) بقي اشكال وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنذب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزيمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للإيجاب باجتماع بين الفقهاء وعن عمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالغلبة والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والمصالحين وعن هذا قالوا بحسن الحسن أو ابن سيرين يقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الامر للإيجاب اللهم إلا أن يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على أن الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لأنه مدعاهما المقر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبهما قروا بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجتماع الفقهاء يحتز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء ورأيت صاحب التقرير من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل المبدأ كان ذا أمانة وهذا كسب اذا الامر بفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كالم (أقول) فيه نظران كثيرا من هؤلاء فقهاء سمي الشافعي وأحد كيف يتم الاحتراز بقوله باجتماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز به عنه اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القدر بل بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر نذب هو الصحيح) هذا احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة للنذب كفي قوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيه خيرا مذكور على وفاء العادة فانهم باجرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشرح (أقول) بهذا وبما مرآ نغمان قول بعض العلماء يكون الامر في الوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القدر في المقام حيث قال وانه للنذب باجتماع الامة انتهى اذ قد علم من هذا أن كون الامر للنذب في كتابتهم ليس بمما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للنذب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله وفي الحل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيه خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزعه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعتراض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتباره مفهوم الشرط عندنا أن التقيد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدرة ثم يدعى ذلك منع أن في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه

(قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كذا ودالصفهاني ومن تابعه هذا أمر إيجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكتبه لان الامر يفيد الوجوب (قوله وانما هو أمر نذب هو الصحيح) وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة كقوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيه خيرا مذكور على وفاء العادة لان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذا الاباحة ثابتة بدون هذا الشرط

معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فلا فضل أن لا يكتبوا
فعل مع فيجب حله على التدب وأما اشتراط القبول من العبد فلا نه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باءاء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء
لقوله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد كوتب على مائة دينار فاداه الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وفيه أى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فنعتد على رضى الله عنه (٩٥) يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس

رضى الله عنهم ما يعتق كما
أخذ الصيغة من مولاه يعنى
بنفس العقد لان الصيغة
عند ذلك تكتب وعند
ابن مسعود رضى الله عنه
يعتق اذا أدى قيمة نفسه
وعند زيد بن ثابت رضى الله
عنه بما ذكرنا وهو المختار
ويعتق اذا أدى جميع بدل
الكتابة وان لم يقل المولى
اذا أديتها فانت حر وقال
الشافعى رضى الله عنه لا يعتق
مالم يقل كاتبك على كذا
على انك اذا أديتك فانت
حر لان الكتابة ضم نجم الى
نجم فلونص على ذلك وقال
ضربت عليك الفاعلى أن
تؤدبها الى فى كل شهر كذا
لم يعتق فكذا هذا ولان
موجب العقد يثبت من غير
تصريح به وموجبه ههنا

والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فلا فضل أن لا يكتبوا
كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلا نه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باءاء كل البذل لقوله
عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فاداه الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما احتسرتاه قول زيد بن ثابت رضى الله
عنه ويعتق باءاءه وان لم يقل المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع

فائدة وهى اخراج الكلام على مجرى العادة كصرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله)
والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فلا فضل أن لا يكتبوا
كان يصح لو فعله) أقول لقاتل أن يقول فعلى هذا لا يكون فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد
الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكررها لا مباحا فقد تقرر فى علم الاصول أن المباح ما استوى طرفاه
وتركه وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور
أن لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة باءاءه اذ لا مكررها لا مباحا فيبقى قوله فيما قبل وفى الحمل
على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليستأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على
مائة دينار فاداه الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال ناج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة فى المسئلة
وتكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كجرحه ولهذا زغبنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة
والسلام قال ابتغوا فى أموال الدنيا خيرا حتى لا يأكها الزكاة فى إيجاب الزكاة فى مال الصبي بان الصحابة رضى
الله عنهم اختلفوا فى هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جاز أنه ما بلغ اليهم اه كلامه (أقول)
فى الجواب بحتم لانه مشترك الا لزام اذ يجرى فى كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جاز أن لم يبلغ
اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة فى مسئلة وتكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث
قط مع أنه خلاف ما عرف والاطهر فى الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة فى هذه المسئلة بالرأى ويقال
يجوز أن يكون اختلافهم فيها باءاء بارور ودديث آخر بخلاف ذلك كجرحه روى أنه عليه الصلاة والسلام قال
اذا أصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة
ما أدى دينه حرو بما بقي دينه بعد كذا كفى بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم
بالرأى لان استعمال الرأى فى موضع النص لا يجوز على ما عرف فى الاصول (قوله ويعتق باءاءه وان لم يقل
المولى اذا أديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع) وعند الشافعى لا يعتق مالم

(قوله وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم) قال زيد بن ثابت رضى الله عنه مثل قولنا وقال على رضى الله عنه
يعتق بقدر ما أدى وقال ابن مسعود رضى الله عنه اذا أدى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريبا
من غرماؤه وقال ابن عباس رضى الله عنه ما يعتق بنفس العقد يكون المولى غريبا من غرماؤه وانما احتسرتاه
قول زيد رضى الله عنه لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فاداه الا عشرة دنانير فهو عبد (قوله)
لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به) وعند الشافعى رحمه الله لا يعتق مالم يقل كاتبك على كذا ان أديته
الى فانت حر) وحاصل الاختلاف واجب الى تفسير الكتاب فقيدنا تفسير هاشم عا جرحه اليد الى حريته

(قوله وانما أن موجب العقد يثبت من غير تصريح الخ) أقول قال فى الحواشى الجسالية نقلنا من الميسر فذكرنا حاصل الاختلاف بيننا
وبين راجعنا الى تفسير الكتابة فنعتدنا تفسير هاشم عا حريته اليد الى حريته عند الاداء فكأنه قال أو جرحه اليد الى الحلال وحريته
الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا المكان يعتق عند الاداء كذا هاشم عا حريته اليد الى حريته انتم
لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتاب بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

صم حرية البدل الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كافي البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه اظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق (٩٦) للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو

يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فعمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النسب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لاننا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة تفسير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا وموجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يدمولا مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضى بائع البديلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله

ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز أن يشترط موجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق

يقول كاتبك على كذا على أنك ان أديته الى فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شراضم حرية البدل الى حرية الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجب حرية البدل في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو اصر على هذا اعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو اصر عليه بان قال ضربت عليك ألقا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولاً فيها عن الميسر لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل وجوب العقد كائن عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه مذموم كالا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكأن الضم المذكور موجب للعقد لا ينافي كونه تفسير للكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزير كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء بك أي أمر بك وقوله تعالى واسئل القرية أي أهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه اظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك منوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فعمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النسب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لاننا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة تفسير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران في نظم القران في الحكم اكد لدلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله بعد فكاتبوهم للندب

الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجب الحرية ليدل الى حرية الرقبة عند الاداء ولو اصر لكان يعتق عند الاداء كذا هذا على مذهبه تفسيرها ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية ولو اصر عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك ألقا على أن تؤديها الى كل شهر كذا هذا في الميسر (قوله ولا يجب حط شيء من البدل) وقال الشافعي رحمه الله يجب حط ربيع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وعن علي رضي الله عنه موقوف عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام انه قرأ هذه الآية وقال هو ربيع الكتابة ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب الحط في سائر المعاوضات كذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لجوب مال الكتابة على العبد فلا تكون سببا بعينه لاستحقاق الحط الذي يضاد الوجوب كالبيع والامر للندب كالامر بالكتابة وعن السكبي المراد بالايتاء دفع

بخلاف

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه ان يقول لا دلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فان كونه قرينة مانعة للعمل على الوجوب غير مسلم

بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للمالك قبل العقد لكونه حراف كان احتمال القدرة ثابتاً وقدر الالزام على العقد عليها ثبت (ولغاثل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون بأعانتهم والطرق متسعة استدان واستقراض واستنهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقدر الالزام على العقد عليها ثبت) (ولنا قوله (٩٧) تعالى فكاتبوهم من غير شرط

التخييم ولأنه عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به وجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتاع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لأجله فاشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البذل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كغيره من أصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولأن مبني الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه أن مولاه فان لم يملكه ومطالبه بالأداء وامتنع عنه برزقياً بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة) فليس الإهمال فيه ظاهراً ويجوز حالاً (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه (ولا يجوز بالنسبة إلى المانع) (وله لغنا الشافعي

بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للمالك فكان احتمال القدرة ثابتاً وقدر الالزام على العقد عليها ثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التخييم ولأنه عقد معاوضة والبذل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبني الكتابة على المساهلة فبذلك المولى ظاهر بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما تمتع من الأداء برزقاً قال (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي بخلافه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال

قرينة لكون الامر في وآتهم أيضاً لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للمالك فكان احتمال القدرة ثابتاً وقدر الالزام على العقد عليها ثبت) قال صاحب العنايتة ولغاثل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لان المسلمين مأمورون بأعانتهم والطرق متسعة استدان واستقراض واستنهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقدر الالزام على العقد عليها ثبت أهواقني أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس لو ادلناه أن أريده أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً إذ لا أهلية فيه للمالك قبل العقد قط فاني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان أريده أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاق قبل العقد في السلم لكون العاق فيه أهلاً للمالك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاق فيها ليس بأهل للمالك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانسكاره فلا وجه للمناقشة فيه كإفعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا

الصدقة اليهم واه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وهو الظاهر لان الإتياء يدل على التملك وإذا في التصديق عليهم لان الخط لا يكون تملكاً (قوله بخلاف السلم على أصله) فان أصل الشافعي رحمه الله ان السلم الحال يجوز (قوله ولنا ظاهر ما تلونا) يعني قوله تعالى فكاتبوهم الآية في شرط التاجيل فقدر اذ على النص والزيادة على النص فخرج من وجه (قوله والبذل معقود به) فاشبه الثمن في البيع ولهذا يجوز لاستبداله قبل القبض وهذا آية الثمنية ولا يقال العجز عن الأداء يوجب الفسخ وهذا آية المبيعة فلا نعلمنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مباعاً بعد عدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمناً بخلاف السلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم (قوله ولأن مبني الكتابة على المساهلة) لانها عقد تكرم إذا العبد وما في يده لمولاه فيكون الظاهر انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لم يذكر الاجل ليكون متفضلاً في تأخير المطالبة في الانتهاء كما كان منعهما عليه في أصل العقد في ابتداء بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة فلا يملكه إذا عجز فيجوز مؤجلاً حالاً (قوله وفي الحال كما تمتع من الأداء برزقاً) أي في الكتابة الحالة يرد إلى الرق كعجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن أداء البذل وقدره (قوله وإذا كان يعقل الشراء

(١٣) - (تكملة الفسخ والكفاية) - ثامن) فيه وهو (أي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة) فانه لا يجوز له لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من أهل التصرف اذا عاقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأى المولى والتصرف نافع فيه صح الاذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) (أقول) يبحث ثم الظاهر أن يقال فيها بطل قوله منه

(قوله ومن قال لعبد جعلت عليك ألقاؤهم إلى نجوم ما أول نجم كذا أو آخره كذا فإذا أدبتها فانت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤدى إلى نجوم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فتأولى يستأدى عبده الضريبة ولا تعين جهة الكتابة ما لم يقل فإذا أدبت فانت حر وأما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحن العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال إذا أدبت إلى الغاء كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبه لان التخييم يدل على الوجوب لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً الا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قيل أى في (٩٨) روايته لا تكون مكاتبه قال نحر الاسلام وهو الاصح اعتباراً بما لو قال إذا أدبت إلى ألقاؤهم

هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتخييم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسير الهالاه بدخل في سائر الدون وقد تنصوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة تخلوا عن الغسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (الى مالكية نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضى وجوده ما ومالكية النفس في الحال ليست بموجود فكيف يقتضى الضم أجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا وجب

(ومن قال لعبد جعلت عليك ألقاؤهم إلى نجوم ما أول نجم كذا أو آخره كذا فإذا أدبتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذا مكاتبه) لانه أن يتفسير الكتابة ولو قال إذا أدبت إلى ألقاؤهم كل شهر مائة فانت حر فانه مكاتبه في رواية أبي سليمان لان التخييم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخة أبي حفص لا تكون مكاتبه اعتباراً بالتعليق بالاداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الاموال ولا يقدر عليه اعدم أهليته للمالك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود وعليه دون المعقود به ألا يرى أن الفلاس لو اشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالك الشيء من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبذل معقوده فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصان لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر (قوله) أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المثل أما الخروج من يده فلتحقق (والبيع) يعنى بعقل ان لشراء جالب والبيع سالب (قوله جعلت عليك ألقاؤهم) الى قوله فإذا أدبتها فانت حر وقوله اذا أدبتها فانت حر لا بد منه لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضريبة عبده فلا تعين جهة الكتابة الا بقوله اذا أدبتها فانت حر بخلاف قوله كاتبتك لغدم الاحتمال وقوله وان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتابة أيضاً وانما ذكره حاشاً للعبد على الاداء عند النجوم (قوله فان هذه مكاتبه) حتى لا يجوز بيعه ويجوز بيعه بالتراضى ولو أدى بعض البذل لم يبق محلاً للكتابة بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في حقه (قوله لان التخييم يدل على الوجوب) وذلك بالكتابة لان التخييم للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً الا بالكتابة فعرفنا ان المولى قصد ان يحال البذل لم هذا التخييم وفي نسخة أبي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبه قال نحر الاسلام في البسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال إذا أدبت إلى ألقاؤهم هذا الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتخييم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسير الكتابة لانه قد يكون في سائر الدين وقد تخلوا الكتابة عنه وذكرنا لفظ تختص به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابة (قوله فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه) أى يضم مالكية يده في الحال الى مالكية نفسه في المال لانه ملك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها لم يلزم يجب العقر ولذلك يجب الارش لو جنى عليها ولا يكون ذلك الا بان يكون مال كالا حراً من وجه وحقيقة مالكية النفس

الكتابة

عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتب لزمه العقر فيحقق الضم (أو لتحقيق مقصود

(قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لانه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعنى في المال الواجب وأشار بقوله ذلك الى التيسير (قوله والتخييم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتخييم في العبد يوجد في الضريبة وفيه مامل (قوله أجيب بان مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث مما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء ولا يتحقق عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم ثم وجوب الارش وزوم العقر لمالكية البذل لمالكية النفس

الكتابة وهو أداء البذل فيك البيع والشراء والخروج الى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البذل فلا يتحقق الا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (ان تجز العتق ويتحقق ان تاخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البذل وانما كان حقاً من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا التصريح بالكفالة ولو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر (٩٩)

فانت المساواة لا يقال المساواة

فانته على ذلك التقدير أيضاً

لان نوع المالكية ثابت له

من كل وجه والحق الثابت

عليه من وجه فابن المساواة

لان نوع مالكيته أيضاً

ضعيف لبطولانه بعوده

ريقاً (فان تجز المولى عتقه

عتق بعته) لا بالكتابة

المتقدمة (لانه مالك لرقبته)

فيجوز له ان يملك ملكه

(وسقط عنه بدل الكتابة)

لحصول ما يقابله بمجاناً واذا

وطئ المولى مكاتبته لم يمس

العقر لاختصاصه باجزائها

توسلا الى المقصود بالكتابة

وهو الوصول الى البذل من

جانبه والى الحرية من جانبها

بناء عليه) أي على الوصول

الى البذل من جانبه (ومنافع

البضع ملحقة بالأجزاء

والاعيان) قابلاً للشرع

بالاعيان قال الله تعالى أن

تبتغوا به ما وسواكم وألزم

العقر عند استحقاق الجارية

وعند وطئها بشبهة ولو كان

الوطء لاخذ المنفعة لزمه

بقدر الاستعمال وليس

كذلك فانه يلزم بالاج واحد

الكتابة وهو أداء البذل فيك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (ان تجز العتق ويتحقق ان تاخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البذل وانما كان حقاً من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا التصريح بالكفالة ولو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر (٩٩) فانت المساواة لا يقال المساواة فانته على ذلك التقدير أيضاً لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فابن المساواة لان نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطولانه بعوده ريقاً (فان تجز المولى عتقه عتق بعته) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مالك لرقبته) فيجوز له ان يملك ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله بمجاناً واذا وطئ المولى مكاتبته لم يمس العقر لاختصاصه باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البذل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول الى البذل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) قابلاً للشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبتغوا به ما وسواكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لاخذ المنفعة لزمه بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بالاج واحد

معنى الكتابة لغته وهو الضم فيضم مالكيته يده الحاصلة في الحال الى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قبل ضم الشيء الى الشيء يقتضى وجوده سواء مالكيته النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بان مالكيته النفس قبل الاداء ثابتة من وجهه ولهذا الوجوه عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكاتب لم يمس العقر فيحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل الى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولاً أن يكون المضموم اليه خاصاً لا عند الاداء في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم ان بعض الغضلاء بعد أن تنبه لساقنا قال ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكيته النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفي تحقق الضم حين مالكيته النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما خروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكيته النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكيته النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر وبنى السؤال والجواب على تصحج كلام المصنف فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

(فصل في الكتابة الفاسدة) أخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لاخطا طرئة الفاسدة عن الصحيحة (قوله

عند أداء جميع البذل (قوله فلما روينا) وهو قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (قوله) ويثبت له حق في الذمة من وجه) أصل البذل يجب للمولى في ذمته لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان قبوله في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا التصريح بالكفالة به فيثبت للعبد بمقابله مالكية ضمنية أيضاً فاذا تم الملك للمولى بالقبض تتم المالكية للعبد أيضاً تمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة تمام المالكية (قوله لما بيننا) اشارة الى قوله لانه صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود (فصل في الكتابة الفاسدة)*

(وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بيننا) اشارة الى قوله لانه صارت أخص باجزائها *(فصل في الكتابة الفاسدة)* وجه

(قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البذل بملكه المولى ولا يحصل بمقابله شيء للمكاتب فينتفي التساوي قلنا بل يحصل له تاكيد المالكية ولهذا لا يبقى محالاً للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لم يمس العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العسر فلا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعل به ما يخالفه

(فصل في الكتابة الفاسدة)

تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا ينبغي على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمور يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استسهاداً وإذا كاتب المسلم عبده (على خراً وخنزيراً وعلى قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فإن الكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلا نهي ماليهما متقوم في حقه فهو لا يستحقهما) فكان عقد ابلا بديل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا نهي مجموع له جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة (١٠٠) وأما الدم والميتة فلماذا ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما ذكره وإذا عرف ذلك

(فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أديت إلى فانت حراً ولم يقل في مظهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق الإبداء قيمة نفسه لأن البديل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كفي البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الإبداء قيمة الخمر قبل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بآداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق بآداء القيمة أيضاً) قيل أي بآداء قيمة نفسه (لانه البديل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخبرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أباً يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح أن كان ألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح يجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بآداء عين الخمر إذا قال أن أديتها فانت حراً لانه حينئذ

قال (واذا كاتب المسلم عبده على خراً وخنزيراً وعلى قيمة نفسه فالكاتب فاسد) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة بمجولة قدرها جنسا ووصفا فتفاسدت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الإبداء قيمة نفسه لأن البديل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بآداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بآداء القيمة أيضاً لانه هو البديل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بآداء عين الخمر إذا قال أن أديتها فانت حراً لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فممكن اعتباره معنى العقد فيه وموجب العتق عند أداء العوض المشروط

أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم) عبر عن مسئلتنا الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لانهما في جهة الفساد وهى عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانهما صارامسئلة واحدة والافهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أوردنا إلى هذه المسئلة في وسط نفس المسائل أيضاً حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال (وأما الثاني فلأن القيمة بمجولة الخ) مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بل ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بآداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بآداء القيمة أيضاً لانه هو البديل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في

(قوله ليس بمال في حقه) أي ليس بمال متقوم (قوله ولأن القيمة بمجولة قدرها ووصفاً وجنساً) أما جنسها فلا نهي مرة تكون من الدراهم وطوراً من الدنانير وأما قدرها فأنما يختلف مقدارها باختلاف المقومين وأما وصفها فأنما تكون جيداً ووسطاً ودياً (قوله وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة) يعني أن الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب أو دابة وانه لا يجوز لأن الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت ديناً في الذمة كفي النكاح (قوله ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد) لانه موجب للقيمة فان قيل لو كاتبه على عبده وسطاً أو عبده مطلقاً يجوز وإن كانت القيمة تنجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبده وسطاً يجبر على القبول قلنا القيمة فيما نحن بصدده يجب قصد الاحكام المكان التصريح بالقيمة ويجب تمسكاً لا قصد لانه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكماً وضمناً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها (قوله وإن أدى الخمر عتق) وفي المبسوط وإن أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي وقد كان قاله أنت حراً إذا أديتها ولم يقل فانه يعتق ويسعى في قيمته لأن هذا العقد فاسد فيلزمه رد قيمة لاجل الفساد وقد تعدد ردده لتقرر العتق فيه فيلزم قيمته كالشترى فراء فاسداً إذا اعتق المبيع قبل القبض وقال زفر رحمه الله لا يعتق الإبداء قيمة نفسه لأن البديل هو القيمة أي في الكتابة الفاسدة كفي بيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق الإبداء قيمة الخمر وانه مشكل جداً المخالف لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الإبداء قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد أضيفت إلى الخمر بادىء ملاسته وهو وجوبها عند ذكر الخمر في البديل لكان وجهها متكاملاً (قوله ولا فصل في ظاهر الرواية) أي يعتق بآداء الخمر صرح بذلك الشرط

وأما

(قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول

ونظيره ما سيجي من رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أولم يجوز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كفي النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويجوز حكمه لادائها عنها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمته في الخمر انتهى قوله ويجوز به أي يحكم به أي لو سلم به أي بالعتق

يكون العتق بواسطة حصول شرط يتعلق به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال إن أديت إلى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الجزو والميتة (أن الجزو والخير يرمال في الجملة فمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البذل للمشرط بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه وإذا عتق بأداء عين الجزو لم يأن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد عذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع و) تجب لقيمة الباقية ما بلغت (لا ينقص عن المسمى و) زاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك البذل بالعتق ما بلغت وهذا أي وجوب القيمة ما بلغت (لأن المولى ما رضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الانحراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى (١٠١) بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كى لا يبطل حقه في العتق أصلا) فإنه

ان لم يرض بهما يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قبل

وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الجزو لم يأن يسعى في قيمته) لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد عذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى و) زاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك البذل بالعتق ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغت ما بلغت

اعتبار القيمة تأمها هو بعد قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى و) زاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسئلة الجزو والخير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وإن كانت زائدة عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما إذا كاتب عبده بالف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فإن كانت ناقصة عن الالف لا ينقص وإن كانت زائدة عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسئلة

المبسوط والذمة مرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبابوسف وإن لا يذكر بكلمة عن تنهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحح أن كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وما إذا كان بدلا عن الجزو كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الجزو ففتحة بأداء الجزو وظاهر الرواية عنددهم والشرائح ما جعلوا الالف واللام في القيمة البدلا عن الالف واللام في القيمة بدلا عن الجزو (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما ولا فلان ظاهر الرواية إنما يعتقه بأداء الجزو وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن علي بن يقطين أن يجعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الجزو إنما يكون عتقه بأداء عين الجزو وبأداء قيمة الجزو وهذا غير ظاهر الرواية قطعا إذا لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزئين وهو عتقه بأداء عين الجزو اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بماداة قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الجزو في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الجزو ففتحة بأداء الجزو وظاهر الرواية عنددهم لغو محض وأما ما في بيان صاحب غاية البيان من الشرح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الجزو حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال إن كل واحد من عين الجزو وقيمة تبذل الجزو باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدى أيهما كان انتهى وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا عن الجزو كما ذكر في بعض الشروح فقوله العيني والشرائح ما جعلوا الالف واللام في القيمة البدلا عن نفسه أن أراد به الكتابة كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس بمفيد (قوله وهذا لأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغت ما بلغت) قال صاحب العناية

أولم يصرح (قوله والعبد رضى بالزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا) أي الظاهر من حال العبد أنه رضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية أولان العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب

الجزو والخير بخالف لما في شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغت ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ما رضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى و) زاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغت ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعا عام وان أراد عن القيمة أو الأعم فمتنوع ولا دلالة عليه في قوله لأن بعدم الانحراج الخ (قوله فإنه ان لم يرض بهما يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلم يرض بالزيادة أي بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمنع المولى عنه فيفوت ادراك شرف الحرية فليتأمل

وفيما إذا كاتبه على قتيه يعتق بأداء القيمة لأنه هو البذل وامكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغت بالمولى ارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيعتق له ادارك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشرح وغير تام في نفسه أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف وهذا إشارة إلى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى وهذا أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لأن المولى ماضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكتابة فحينئذ ينتظم الدليل والمضى بلا كلفة أصلاً ويرشد إليه تحرير صاحب السكفي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المالك رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في امتق أصلاً والمولى ماضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية فمن كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغت بالمولى فيجوز كلام المصنف لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لأن المولى ماضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيه اقبل ولا ينقص عن المسمى خالي عن التعليل والبيان بالكتابة مع أنه مطالب بمصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابقه ليسل المدعى وان لا ينفذه إذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغت بالمولى لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعاً كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لأن المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فبذلك عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغت بالمولى فإما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فعل الشارح المزبور إنما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فقبب بالغت ما بالغت ولكنه تفرع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدلائل فلا وجه للافتراء بذلك أيضاً وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلأن قوله لأن المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا فيأخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هنا لزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تعدد مرجحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى ماضى بالنقصان لأن النقصان المكان في المسمى وفي القيمة تأمل تعق ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قبل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الجر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كإتفاده عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق إذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورداً ما قبل انما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور والزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فإن قيل ما وجه قوله

وتوقع العتق بأداء عين الجر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البذل وامكن اعتبار معنى العقد فيه) فقد استحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين إما أن يتصادقاً على أن ما أدى قيمته فيثبت كونه المزدى قيمته بتصادق حالان الحق فيما بينهما لا بعد وهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد وأما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق مالم يؤد أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يعقد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أي لافي البطلان لأن كافي البيع فانما تقسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كاعتق بأداء القيمة

فيها القيمة فقد رضى بأداء قيمته وان زادت القيمة على المسمى (قوله وفيما إذا كاتبه على قيمته إذا أدى القيمة يعتق) لأن البذل وانما يثبت أداء القيمة بتصادقهما أو بأداء أقصى ما يقم به تقويم المقومين (قوله وأثر الجهالة في الفساد) يعني لافي بطلان العقد وهذا جواب اشكال وهو أن يقال أن القيمة مجهولة بجهالة

بمخلاف ما إذا كاتبه على ثوب بحيث لا يعتق بإدائه ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلف أجناس

كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بإدائه الخجروا أنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور
بطلان حقه في العتق فلنا يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة ما روى عن أبي خنيفة أنه إذا كاتبه على
الخجروا لم يقبل أن أديتها فانت حر فادى الخجروا لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه
(أقول) فيه بحث أما أولان مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله كي لا يبطل حقه في العتق على عدم
قضاء القاضي بتلك الرواية لارضاء العبد بالزنا والمذكور في الكتاب خلافاً للكلام فيما ذكر في
الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانياً فلان ذلك على تقدير عدمه انما يتشبه في صورة أن لم يقبل المولى
للمكاتب على الخجروا أن أديتها فانت حر في صورة أن قاله ذلك اذ لارضاء لعدم العتق عند أداء الخجروا في هذه
الصورة فلا راي للقاضي فيها مع أن ما نحن فيه يعم صورتين كلاهما فيبقى السؤال في صورة أن
صاحبه النهاية يقوم معراج الرواية رد على المصنف ههنا حيث قال لم يقبل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً
لقوله والعبد رضى بالزنا لانه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزنا يدعى المسمى وان بطل حقه في العتق
لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعاً اه (أقول) ليس ذلك بسديد
لان تحمل الزيادة انما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار
الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً للمولى بعد ذلك على أن
يستعمله كيف يشاء فحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزنا ضرر عليه ولا في عدم رضا
به نفع له أصلاً فالأولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد هذه الكتابة الفاسدة مع مولاة كان
قابلاً لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة
نفسه قد تروى على المسمى فكان راضياً بالزنا زيادة على المسمى ضرورة اه (أقول) وهو أيضاً ليس بسديد
لان في التعليل بما ذكرناه من مصادرة على المطلوب فانما يصدق أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة
نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جهة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزنا زيادة لولا علانها هذه المقدمة بما يتنى على
كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعاً اه ثم أقول بقي شيء
في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى راضى بالنقصان الخ دليل شاف مقيد لتسام المسمى وهو أن لا تنقص
القيمة عن المسمى وتزاد عليه الآن قوله لانه عقد فاسد فتجب القيمة عنده لال المبدل بالغة ما بلغت كفاي
البيع الفاسد يرى مستنداً كاهن لانه صار مستغنى عنه بما ذكره من قوله لانه وجب عليه رد قيمته انفساد
العقد وقد عذر بالعتق فيجب رد قيمته كفاي البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه
لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كفاي الكافي
(قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب
العناية وتقر به أن الثوب عوض والعوض يقتضى أن يكون مراد المطلق منه ليس بموجود في الخارج
فلا يكون مراداً فحين أن يكون المتعين مراداً والاطلاع على ذلك متعذر لاختلف أجناسه فلا يعتق بدون
ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين اه كلامه (أقول)
فيه كلام أما أولان لانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فرداهما من الثوب فلا

الثوب فينبغي أن تؤثر تلك الجهة في نساد العدة على وجه لا يعتق بإدائه القيمة كي لا يعتق بإدائه الثوب فاجاب
بان جهة القيمة مستندة كتحذر منه بإدائه أكثر ما يقع به تقويم المقومين ولا يوقف على أداء المشرط وفي
الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ومع ما علم أن مراده ليس بمطلق الثوب لانه لا يزيل ملكه
عن العبد لا يثوب كان فكان المراد معينا ولا يدري أن المؤدى هل هو ذلك المتعين أم لا فلا يثبت الاداء فان
قبل ينبغي أن يعتق بإدائه ثوب باعتبار الجهة التعليق اذ الكتابة تضمنت المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى

أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا
كاتبه على ثوب بحيث لا
يعتق بإدائه ثوب) وتقر به
الثوب عوض والعوض
يقتضى أن يكون مراداً
والمطلق منه ليس بموجود
في الخارج فلا يكون مراداً
فتعين أن يكون المتعين
مراداً والاطلاع على ذلك
متعذر لاختلف أجناسه
فلا يعتق بدون ارادته
بمخلاف القيمة فانها وان
كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين فان
قلت فان أدى القيمة فيما
إذا كاتبه على ثوب يعتق
أولاً قلت ذكر في الذخيرة
أن الأصل عند علمائنا
الثلاثة أن المسمى متى كان
مجهول القدر والجنس فانه
لا يعتق العبد بإدائه القيمة
ولا تعتقد هذه الكتابة أصلاً
على المسمى ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما ان يجزئه أولا فان لم يجزئه فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداءه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كقولنا كاتبك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لان لا تعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزئه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز برقيقه لان اسمي مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبده فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت رجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض مالم ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقودة عليه والعقد عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبني جواز الكتابة الحالة والتمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير (١٠٤) للبدل حكم المبيع فيشرط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله

الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراعاة شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لان لا تعين في المعاوضات فتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز برقيقه لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقودة عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كافي البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فلا كتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع أنه لا يعيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيها اذا كان البدل عيناً معينة والمسئلة فيه

فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التساؤل والتنازل وتقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العاقل وتخصيص معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان مبنياها على المسامحة وقيل لانها لا تغسب بالشرط الغائب بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا للمال من العبد فتصير العين من

نسلم أنه ليس بموجود في الخارج اذا اجماع انما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شيء تجزم بوجوده في الخارج وان لم تتعين خصوصته عندنا وان ارد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج ويمكن لانه لم يثبت قوله فعين أن يكون المتعين مراد الجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلان مانع أن يمنع إمكان استدراك مراده بتقويم المقوم في صورة الكتابة المعاوضة لجهة الثوب بقي معنى التعليق فيعتق كما اذا قال ان أديت الى ثوب ما في ثوب أدى عتق كذلك ههنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة أيضا لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن (قوله لانه لا يقدر على تسليمه) لان ملك الغير غير مقدور التسليم (قوله فاشبه الصداق) الجامع كون كل واحد منهما عوض مالم ليس بمال ولو تزوج على عبده لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم فكذلك ههنا (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) تحرزه عن النكاح (قوله بخلاف الصداق في النكاح) لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط أي شرط صحة التسمية في

أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجزه (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يعيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عيناً معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة (قوله فان تعين فاما ان يجزئه) أقول أي يجيز العقد (قوله وان تعين به ولم يجزئه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومه ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغة عنه بذلك (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالة فلا يفسخ المولى الارضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائرة ثم أقول انه مخالف ظاهر الغرض عدم المالك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

في ذلك (على ما بيناه) ان مراده شئ يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه وإذا لم يجوز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى ملاوان لم يجوز له لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداه (فمن أبي حنيفة راه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضاً أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم يعتق العقد) وهو ظاهر الرواية (إذا قال له إذا أدبت ألت فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد يعتق مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بإداء المشرط وان كاتبه على عين معين (في يد المكاتب) سوى النقود فقيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شئ (١٠٥) بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى)

ولم تذكره ههنا الطوله وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجبر رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كتب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من أعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بان كان ماذوناً في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لان المالك يتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقاً وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة تعبد وسطا ويبطل منها حصه العبد ويكون مكاتباً ما بقي لان العبد المطلق يصلح

على ما بيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجوز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه ملاو لو ملك المكاتب ذلك العين فمن أبي حنيفة راه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم يعتق العقد إذا قال له إذا أدبت ألت فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد يعتق مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق بإداء المشرط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب فقيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو

على القيمة بناء على تقرره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعيين كون المتعين مراداً به تعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضاً لا يرى الى قول المصنف في جامه وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرها وجنسها ووصفها فتفادحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حتى يتعين بتعيينهم قائل (قوله ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فذلك مستثنى) يعني انهم ما يمان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد وهما استثناء العبد عن من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفادح جهالتها قدرها وجنسها ووصفها كما مر في أول الفصل فذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضى أنه لا تصح الكتابة فيماذا شرط أن يرد المولى عليه عبداً معينا أيضاً لجريانه فيه أيضاً بعينه فان قيمة العبد المعين أيضاً مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضاً ظاهر مع أنهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيماذا شرط أن يرد عليه عبداً معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسألة

النكاح ان يكون المسمى مالا متقوماً لان يكون مقدور التسليم اذ القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة يجوز وان كانت القدرة معدومة فقيماً ليس بمقصود وهو المهر أولى (قوله وان كاتبه على عين في يد المكاتب) أي على عين هو من كسبه بان كان ماذوناً في التجارة بغير وائتان وقد عرفت ذلك في الاصل أي في المبسوط ذكر فيه عبداً ماذوناً له في التجارة وفي يده عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين فقيه روايتان اما اذا كان في يده دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات وجه الجواز ان هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم وجه الفساد ان

(١٤ -) (تكلمه الفقه وانكفاه) - ثامن - بدلالة كتابته وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلاً يصلح مستثنى من البطل وهو الاصل في ابدال العقود قال المولى في هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفادح جهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والغرس (ولم يبين النوع) ان تركى أو هندی (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة (قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كونه متعين في قوله فمن أبي حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفادح جهالة) أتقول لو صح هذا لعل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا لعين هذا البديل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالاهو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على أقل (١٠٦) من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الخيران المجهول اذا ثبت في

الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الركة والدية والوسط فيه نظرا للجانين (ويجوز على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما

صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبنائها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل لجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبك الى الحصاد أو الدياس أو القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبهه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كل شيء شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فلك الجرف في ابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في

نصف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى ثمة عبد وسط فيعط منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقى (لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجوز على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبهه البيع

وجه آخر وعزاه الى الزيلعي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن رد عليه عبد معين وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكفاية لان ما كان من المائة بازاء الوصف الذي رده المولى يبيع وما كان منها بازاء رقة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزيلعي و رد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن رد عليه عبد معين أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح ككل كاتبه على قيمة الوصف وهذا لان العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالة التفاضل لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليه ما فراد الاول برور وذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعتراض على المصنف بان يشمل اللفظ للجناس لو منع

الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه فتثبت حرية البدن في الحال وتترأخ حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جازت الكتابة هنا كان الاداء من مال المولى لان مكاسبه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال منقود للمولى لا على كسب يوجب بعد الكتابة فلا يفيده ذلك المكاسب على انه يثبت حرية البدن الرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتنا فابيدل ولا تكون كتابة (قوله ويقسم المائة الدينار الى آخره) حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء الخمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتهما لجواز أن تكون قيمة العبد الوسط مستغرقة كل البدل وعلى هذا لا يحصل للمولى شيء وانه ماضى بذلك (قوله وهو الاصل في ابدال العقود) يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يبيع استثناءه منه (قوله ولهما أن العبد لا يستثنى من الدنانير) لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس ولا يجوز واستثناء القيمة لانها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لا اختلاف القومين فيها فاذا استثنى قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولا والحاصل ان هذا عقد اشتمل على بيع وكفاية لان ما كان من الدنانير بازاء العبد الذي رده المولى فهو يبيع وما كان منها بازاء رقة المكاتب فهو كتابة والبيع قد بطل لجهالة الثمن والمقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما يختص الرقبة من المائة والكتابة بالخدمة كتابة بالقيمة فتكون فاسدة (قوله واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) ومعناه ان يبين الجنس مثل ان يكتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع أي لم يقل انه تركي أو هندي والصفة أي لم يقل انه ابيض أو أسود (قوله لانه معاوضة فاشبهه البيع)

بشراء العبد والجواب أن
اللفظان شمل أجناسا عالية
كالدابة مثلا أو متوسطة
كالسكوب منع الجواز
مطلقا في الوكالة والكتابة
والنكاح والبيع وغيرها
وإن شمل أجناسا سفلة

الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذالم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا علية كاللابة مثلاً ومتوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافله كالعبد منته فيما نفي على الماكسة كالبيع والوكالة لا فيما نفي على المساحة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ايس السؤال شي ولا الجواب أما الاول فلانا لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذالم يجوز التوكيل كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذالم يجوز التوكيل بشراء العبد فريته بلا مريية لان المصنف ما ذكر في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا وما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بيز الثمن لان بذلك الثمن بوجوده من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن بصير النوع معلوما وبذكر النوع تغل الجهالة فلا يمنع الامتناع امثاله اذا و كاه بشراء عبداً أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والحشيش والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اه فدل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدار الاعتراض على المصنف وهذا قد سبق الى هذا التوهم صاحبنا النهاية ومعراج البراية وتاخرى انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت آتفا وأما المساحة فتختلف للاف اللمس لانه منهي على الماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا

(قوله وان ضمل أجنبنا ساسا له كالعبد) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان حاذلان (قوله وفي التذ
أن يقول ونغلا كهاليطابق المشروح ألا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تلك المسلم الخروا نغلا جعل التذ
كأنه مشتمل عليه (قوله فان الملك يثبت فيها بغير دفعه الكتابة) أقول أي على رواية تجاوزا الكتابة على عين في

يُسلم ظرفاً للثلاث لاستلزامه إياه
بدا المكاتب

تبائع الذميان خرائم أسلم أحدهما حديث يفسد البيع على ما قاله البعض لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لأن قيمة المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة فأنه لو كاتب على وصيف أي عبد للخدمة وأنى بالقيمة يجبر على القبول بخلاف أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء سهل (١٠٨) من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون

القيمة أما البيع فلا ينعقد صحياً على القيمة فافتقر فقال (واذا قبضها عتق) لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعق بغير مال لا بماذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الجور ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم
 * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله) *

يعنى ما قاله الشافعي قياساً فاسداً لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الجبر في الابتداء وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط المالك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المما كسة زيادة استظهار اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا نه جعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعاً على الشق الثاني حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس يتم لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما يقل به أحد من الشراح ههنا سوى باج الشرعية والعين فانه ما قال في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال اه فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فاشبه النكاح متفرعاً على اسبق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانياً فلا نه قال وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لأنه مبنى على المما كسة زيادة استظهار وليس هذا يتم أيضاً لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فاشبهت عقد الكتابة بالنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضاً ولولم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المما كسة لاختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى ثبت عدم صحة قياس الشافعي عقداً للكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموافق للصواب
 * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز) *

يجبر على القبول متى حازان تنعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداءً جاز أن يبقى على القيمة أما البيع لا ينعقد صحياً على القيمة أصلاً فلا يمكن إبقاؤه عليها (قوله وإذا قبضها) أي قبض قيمة الجور عتق وإن أدى الجور عتق أيضاً تضمن الكتابة تعليق العتق بإداء المالك المذكور وصار كولو كاتب المسلم عبده المسلم على خير فادى المكاتب الجور فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والنمر تاشي لو أدى الجور لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق لأن الكتابة انقلبت إلى القيمة ولم يبق الجور بدل هذا العقد إذا انعقد صحياً على الجور ابتداءً وبقى على القيمة صحياً بعد الإسلام ولا يتصور بقاءه صحياً أو الجور يبق بدلاً فلا يعتق بإدائه ثم العقدان وقع فاسداً بسبب الجور بقي فاسداً لذلك بقي الجور بدلاً وإذا بقيت بدلاً يعتق بإدائها (قوله ولو أداها) أي العبد المسلم الجور (قوله وقد بيناه من قبل) أي في أول هذا الفصل وهو قوله فان أدى الجور عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز) *

الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معني والرواية في الكتابة رواية في البيع قال (واذا قبض المولى قيمة الجور عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعق بغير مال لا بماذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الجور ولو أدى الجور عتق لما ينفى في أول هذا الفصل) أنه إذا أدى الجور عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء المالك المشرط فإذا وجد البديل وقع العتق وذكر الترمذاني أنه لو أدى الجور لا يعتق فكان في العتق بإداء الجور روايةان والفروق على أحدهما بينهما وبين المسلم إذا كاتب عبده على خير فاداه إلى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة إلى قيمة الجور لم يبق الجور بدل هذا العقد لأنه انعقد صحياً على الجور ابتداءً وبقى على القيمة صحياً بعد الإسلام ولا يتصور بقاءه صحياً أو الجور يبق بدلاً فلا يعتق بإدائه ثم العقدان وقع فاسداً بسبب الجور بقي فاسداً لذلك بقي الجور بدلاً وإذا بقيت بدلاً يعتق بإدائها (قوله ولو أداها) أي العبد المسلم الجور (قوله وقد بيناه من قبل) أي في أول هذا الفصل وهو قوله فان أدى الجور عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز) *

قال يبق بدلاً فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسداً بسبب كون الجور بدلاً بقي كذلك فلا حاجة إلى إخراجها عن البدلية وإذا بقي بدلاً عتق بإدائها * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله) *

قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقاني أي لو أدى عين الجور عتق أيضاً إذا أسلم أحدهما الآن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح فاضحان في شرحه للجامع اله غير اه وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السفناني فتأمل * (باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله) *

أى هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم محتمل جابلا بدل واحتمالهما القسح قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انهما معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا بل ان الشرط وحده العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد مما يشبه النكاح ويطلان العقد اذا تمكن في صلبه مما يشبه البيع (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق ازالة الملك الى أحد (١١٠)

وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعناقي حق هذا الشرط والاعناق لا يبطل بالشرط الفاسدة قال (ولا يتزوج الاباذن المولى)

يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تنسده الكتابة اه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الخروج حرة البسد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتا ممل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يخص به أيضا كما سيجيء بعد أسطر اه (أقول) ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه داخل فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بامر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعاً وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وتوهم كذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى والذي نقاد صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق التمكّن في صلب العقد كما عيّن (قوله) وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أعتناقوا لو اعشاهمة عقد الكتابة للنكاح وعملوا به وأوردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بان العمل بالشبهين معاً فيمكن العمل بهما كما فيمن نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله) أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعناق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى اه (أقول) كل من شق كلامه منظوفه أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعناق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعناقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسراً في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعناقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعناق وأما شقه الثاني فلان الاعناق في قوله في جانب العبد اعناق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيقول الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعناق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي

والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شئ وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يخص بجانب العبد فهو داخل في الاعناق لدخوله في الكتابة وهي اعناق (وهذا الشرط يخص به) فهو داخل في الاعناق (والاعتق لا يبطل بالشرط الفاسدة) قال والنزوح ليس وسيلة اليه

قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الخروج حرة البسد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتا ممل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يخص به أيضا كما سيجيء بعد أسطر (قوله) من حيث المعاوضة) أقول حثية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه بمجموع المعطوف عليه والمعطوف أعني وعدم محتمل جابلا بدل (قوله) وأقول يعني بلا ذكر بدل (قوله) واحتمالهما

(قوله) وهذا لان الكتابة تشبه البيع) من حيث انها تحتل القسح في الابداء وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتل القسح بعد تمام المقصود بالاداء فهو فرحاً فاعلمنا فليشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة بان كاتبه على ان يخدمه مدة لانه في البدل ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها بان كاتبه على ألف الى الحصاد والدياس (قوله) هذا هو الاصل) أى العمل بالشبهين هو الاصل أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وفك

أيضاً لا يضرنا قال المصنف

أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) أقول قال الاتقاني لو قال في جانب المولى اعناق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى اه والأمر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعناقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق نرينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضاً اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف اه ولا يخفى عليك

لان الكتابة فلك المجرع قيام الملك ضرورية التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير ملك لملكه الا ان الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجدد من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع بمحض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع وهو تحصيل الكسب للايقاض وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فلك المجرع لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الا بالشئ اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكأنه أريد المجاهر وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاجر المتاع ويسافر به غفر الى المجاهر كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني

أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد قائم من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي جيد الدين الضرير فراجعهم قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول نامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن

لان الكتابة فلك المجرع قيام الملك ضرورية التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الا بالشئ اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير ملك لملكه الا ان الشئ اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجدد من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع بمحض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع

قالوه ضعيف اذا حصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تقصد الكتابة أيضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تقصد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد قائم من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أو نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط اه (أقول) كل من وجهي دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة ولو كان ذلك علة للفساد فسدت بغير الدخول في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين ورجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقيد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فلك المجرع قيام الملك ضرورية التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء نامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذا اظهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هوان المكاتب بتزويج نفسها تمام المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وماخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سبقت في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب المال فانه يتم له المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتب نفسها وتزويج المكاتب

الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر أي عقد الكتابة اعتاقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كقوله اعتق عبد ا على انه ساسه فان الشرط باطل والاعتاق صحيح (قوله ضرورة التوسل الى المقصود) وهو نيل الحرية والتزوج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقد الاكساب والتزوج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة ولا يتصدق الا بالشئ اليسير وما دون الدرهم قليل يتوسع الناس فيه (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكأنه أريد به المجاهر وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاجر المتاع أو يسافر به غفر الى المجاهر (قوله ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا) أي الكفالة باذن المكفول عنه وبغير امره لان كل ذلك تبرع اما اذا كان بغير امره فظاهر انه تبرع محض ولا يكون له الرجوع بما ادى فصار كالهبة وان كان بامرهم فكذلك أيضا لان التكفل متى ادى يصير مقرضا بما ادى الى المكفول عنه والاقرض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط في المجلس ولو كان معاوضة فيشترط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذلك الكفالة بالنفس أيضا لا تصح لانه تبرع محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزم فعلا في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس مما لا يتعلق به المال لانه بما يجز عن تسليم النفس فيجس على ذلك متى حبس مجز عن الكسب فينصل ضرر هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواء كان باذن المولى أو بغير اذنه لانه ملك للمولى لا في منافعه ومكاسبه فوجود اذنه فيها هو تبرع كعدمه (قوله

في الحال سواء كانت باهر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى سائر مقرضات بما أدى للمكفول عنه والاقرض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالة ككفالة العبد المحرور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فيما يجز عن تسليم النفس فيعيب على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب له مملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك البدو وهو عليك ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره (١١٢) كالغير يعبر (بخلاف الاعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب

للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان عليك ما لا عليك وهو لا يجوز (قوله فان أدى انثاني) يعنى ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقق شرط عتقه (ولاؤه للمولى لان له فيه فوج ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعنى زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقاً (أضيف اليه) أى الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً) فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية

أمته فراقاً كما صرحوا به في أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما سأتى وقد أوضحه صاحب النهاية فان زوج أمته جاز لانه اكتساب المال ولا يلزم عجز المكاتب عن تزويج نفسه لان حق المولى في رقبته ماقى ولهذا عاك اعتاقها دون اعتاق أمته فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها ولان فيه تعيب رقبته فان النكاح عيب فيما يجز ويبقى هذا العيب في ملك المولى توضيحه ان النكاح غير مشروع في الاصل لاكتساب الاموال بل للخصن والعفة وانما كمال الجز يثبت للمكاتب في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسه شيئاً آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناول الفل الثابت بالكتابة بخلاف تزويج الامة فان قيل هذا موجود في ابتدوع ذلك لا يملك تزويجها قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجزت وقدمت ابنته حيضة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في أمته ومكاتبته (قوله وقد يكون هو ارفع له من البيع) لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه وهما لا يزل العبد عن ملكه ما لم يملكه المولى بالقبض فلما ملك البيع فالكتابة اولى ولهذا يملك الادب والوصى كتابة عبد الصغير (قوله ثم لا يثبت للعبد الاما هو ثابت له) بخلاف الاعتاق على مال فإنه فوق ما هو ثابت له لان الثابت للمكاتب حق الحرية والمعتق على مال حقيقة (قوله لان له فيه نوع ملك) وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون مال الثاني من حق الكسب منقولا الى المولى فصار كملكه مكاتبه ومن وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق أيضاً لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا العقد وحقه ارجح من حق المولى لان حقه حق ملك وتصرف والمولى حق ملك لا غير فاذا كان الاول من اهل ان يثبت له الولاية فهو أولى من المولى وان كان الاول مكاتباً على حاله ولم يكن من اهل الولاية فيخلع مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئاً عليك مولاه بهذا الطريق (قوله وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) وهذا اذا أوصى لمولى فلان وليس له معتق في الاحياء وله معتق المعتق

(فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاية اليه لان الولي جعل معتقاً) مباشرة حكماً لان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق (والولاية لا تنتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جرح الولاية فان تمتع مولى الجارية ليس بعتق للولاء مباشرة بل تسبباً باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر اضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجبر الولاية الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت لولاه وهو الاصل فيثبت)

(قوله بخلاف الاعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبني له فهو على ما يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعنتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابه أما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته وانبات الدين في ذمة الفليس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لا ستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصى في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم جاعل كان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكاتبه نظر الاله ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية

حيث سأل هنالك بان المكاتب للمالك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تلك المكاتبه تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها تسكب به المهر وقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جنا يترقب المكاتب وولده من كتاب عتاق الميسر أن المكاتب لا تزويج بغير اذن المولى وأجاب بان تزويج المكاتبه نفسها ليس لاكتساب المال بل للخصمين والعلة فان مقصودهما من تزويج نفسها شي آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العتق مما يتناوله الفلك الثابت بالكاتبه وقال وجه اذ وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى الميسر فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها أيضا كما لا يخفى فامل تعف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والنزول ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالذكور ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبد مابق عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو وعاهولان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتبه يملك منفعة ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد منهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر ولكن بدلالته بيم المؤنث أيضا لاجماله (قوله وان أعنتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابه) قال صاحب العناية في حل هذا المجل قد تقدم أن المكاتب اعماءك ما كان من التجارة أو من ضروراتها اعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها أكثر من تزويج أمته وكاتبه عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيبي فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لا ناقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجبا عا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد وهما الله كما سيأتى وقد تقرروا عندهم ان من ماله شيئا يملك ما هو من ضروراته كالمهر من قبل فلو كان ذلك من ضروراته المملوكة المأذون له أيضا اجبا عا فلا يحبس عن المأذون في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لقفا التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصى في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصى في رقيق الصغير ما يملك المكاتب في رقيق نفسه ولا يملك في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فبذلك كان تزويج أمته الصغير وكاتبه عبده لا تزويجه ولا يبيع من نفسه ولا يعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لعل أن يقول الاعتاق على مال لا ينفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع فاذاه لمكا البيع كان

يسحق هذه الوصية هو ولا تكون الاضافة الى المولى

قال (وان أعنتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتتقيص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذاروجة يتمكن من الريد ذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان تزوج أمته جاز لانه اكتساب للمال وقوله وكذلك الاب والوصى ظاهر (قوله) ولان في تزويج الامة والمكاتبه نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر آتفا وأما في الكتابة فلانه بالعجز يرد قفا فربما كان العجز بعد أداء نجورم وذلك لاشك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيبي بعد سعادور يملك المكاتب (١) قوله أنه أي في أنه اه من هامش الاصل اه

قوله (فاما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبابوسف (فاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبره التزويج بالاجارة فإن المأذون له جاز له أن يؤجر عبده (١١٤) أو أمته فكذلك يجوز له أن يزوجه أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمال القياس

قال (فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

ينبغي أن يملك العتق على مال أبضاها (أقول) لم يعرف في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيد الملك الا بعد وصول البذل الى المالك والبيع بزيه قبضه ولا شك ان الاعتاق على مال يزيه قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المقتلس كما مر اتفاقا لم يكن أنفع من البيع لاجل العتق ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله) وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته (أقول) في هذا الخبر نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال أو باعده نفسه أو زوج عبده لم يجوز له كون كاهن أمافي قوله فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يباه اذ حكم ما ذكر قبيله أيضا عدم الجواز بنا فيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته فان تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فسامعني يبان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيجبه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلامعنى السلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصاله ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب فعمد بقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كذا كرهه صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك أن ما يصلح لهم بداخله ومسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فثبت المذكور انتهى بدون الاصاله لا يتم عذرا لانه لا نولاهنا واعلم ان صاحب الوفاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط منه وانكاح أمته وكاتبه عبده وانما ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الاباذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقته الا ليسير وتكفله واقرضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشئ من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تعطف شارحا صدر الشريعة ساقى المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنغيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنغيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتى البيع والشراء من المثبتات وأمافي هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلان المنغيات لم تذكر في عهدته على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنغيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلان قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته يمنع ذلك لان تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أنعجب من شرح هذا الكتاب كقولهم يتعرض أحدهم ههنا للتوجيه ولا لاشكال مع ظهور الركعة في الخبر (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوجه أمته (قوله هو قاسه على المكاتب) فان له ان يزوجه أمته فكذلكه ولاء (قوله واعتبره بالاجارة) فان لهم ولاية الاجارة

بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العيين ظاهرة اذ في كل منهما مال المخر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بل بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون

(قوله وقوله فاما المأذون له فظاهر) أقول لوجه لغاه اذ لا يتضمن المبتدا معنى الشرط (قوله ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير لفقهاء أبي الليث وعن شرح الطحاوي للامام الاسيحي

ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيد لذلك ويكفي ذلك ما ذكره في هذا المقام ثم قوله يجوز له ولهما أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الأمة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمال القياس) أقول القائل هو السفناني (قوله لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ)

ولهما أن المأذون له ملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب فملك الاكتساب وهذا اكتساب

فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمه فكذلك يجوز له أن تزوج أمته كذا في الشروخ (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظر أمافي الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له أصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضا فان المكاتب يجوز له أن يكتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضا أن يكتب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث أن جوازها للمأذون له يقتضي جوازها لأبصار لم أن يجوز تزويج عبده أيضا كيجوز اجارة عبده وأمه على ما نهى وأعلية مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم إن صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فلك الجبر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة من المعاضات المسالية من الجانبين لان للمتفعة حكم المالبة لا يرى ان الحيوان لا يثبت دينافي الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينافي مقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلانه ان أراد بقوله اذ في كل منهما فلك الجبر وإطلاق التصرف ان في كل منهما فلك الجبر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما ما كتبه من التصرفات على ما فصل في كتابهما وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الجبر وإطلاق التصرف الذي أطلق في الآخر أيضا فليس كذلك أيضا لا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الجبر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهو هذا القدر لا يتحقق المماثلة المعجمة للقياس فضلا عن ظهورها وأما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاضات المسالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين هذين الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخرى التي من جللتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أوليته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جملة دليل على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عيينين ان أراد به أنه لا يكون بين نغسي العينين من حيث ذاتهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العيينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضا ساقطا لان لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في أصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشئتين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعا لان فيه توفيقه الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس وألفظ

وكذا ولاية تزويج الامة ادا كل واحد منهما تملك المنفعة ببطل (قوله) وله ان المأذون له ملك التجارة وليس هذا بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فنصار شبيهها بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب وهذا بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة

بين عيينين وان كان غير ذلك فلا نسلم أوليته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له ملك التجارة وهذا) أي تزويج الامة (ليس بتجارة) لانه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب ملك الاكتساب وهذا اكتساب) لانه اسم لما يتوصل به الى المال وبالتزويج يتوصل المولى الى المهر فكان اكتسابا

أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيينين ان أراد أنه لا يكون بين عيينين حقيقة فلا نسلم وان أراد أنه لا يجعل العينان مقبسا ومقبسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني (قوله) وان كان غير ذلك فلا نسلم أوليته) أقول فيه بحث

(قوله ولانه) أى التزويع دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويع بالسكينة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويع ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال * (فصل) * لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في السكينة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكر (١١٦) ههنا على ابنه لانه عظيم وأما في ترتيب القوة في الخول في كتابته فلا ين مقدم على الاب سواء

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالمكاتب دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم

* (فصل) * قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته لانه من أهل أن يكتب وان لم يكن من الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه) أقول (ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو بمنوع جدا وان أراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبع (قوله) ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالمكاتب دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول رد على قوله اذ هي أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن يتقضى تعريضهم للبيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريض مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة المكاتب بالاجارة قليلا مل اه) (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجهه مناسبة المكاتب بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد على المكاتب بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستقضى مبادلة المال بمقابلته ما ليس بمال اه بان مرادهم بماليس بمال ماليس بمال حقيقة ومراعاة المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البديلين في عقد الاجارة وهو المنفعة تجعل في حكم المال بتسليمه قبلة العين واقامتهما مقام المنفعة بخلاف عقد المكاتب ويفهم عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج النواية في تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه ثم أقول ويمكن أن يحمل المال في تعريضهم للبيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمى بناء على قاعدة انصرف المطلق على السكينة حينئذ لا يرد انتقاض تعريضهم للبيع بالاجارة لان أحد البديلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته نفاثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المانع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهر في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن يتنقوا باموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهر في باب النكاح بل جعله على ما قبله (أقول) فيه بحث لانه يخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حرامرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشرع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

* (فصل) * لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصل ذكر مسائل وقوعها

* (فصل) * (قوله) واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته حتى يمنع عن بيعه وانما قيد بقوله دخل في

كان مولودا في الكتابة أو مشتري والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يغفل صار مكاتب لانه لو صار مكاتب لمكان أصلا وابقى كتابته بعد عز المكاتب الأصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصل فان قبل ما للفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب

عبد على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير اهل يسقط من البدل ما يخصه أوجب بان المشتري تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة أو ما الصغير فقد كان

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالمكاتب دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة المكاتب بالاجارة قليلا مل (قوله) ولهذا أى ولان التزويع ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامت فلا شك انه من الاكتساب وان أراد مطلقا لم يدع أحد أنه من الاكتساب * (فصل) واذا اشترى المكاتب * (قوله) والمولود مقدم (قوله) أى المولود في الكتابة الخ (قوله) فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياة الاب (قوله) على نجوم الاب) أقول يعني بعد موته

مقصود بالعقد من وجهه وكان البذل في مقابلته ومقابله والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولا تدخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتباً لتحقيق الصلة بقدر الامكان (وإذا اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية ولا في حنفية ان للمكاتب كسباً لا ملكاً) لأنه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح (١١٧) (والكسب يكفي للصلة في الولاد)

لا في غيره (ألا يرى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموصرون هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين القرابة البعيدة من بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و هي الولاد) والمتوسط بين الشئتين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (والحقناها بالثانية) أي القرية في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لاننا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً في العتق (لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان لا يخرق فسخه واذا عتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (وإذا اشترى أم ولده

أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً لتحقيق الصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان ذلك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل) اعلموا بقرابة الولاد اذا وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الاعلى الموصرون هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق وبالاولى في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى ان أحد الشريكين اذا كاتب كان لا يخرق فسخه واذا عتق لا يكون له فسخه قال (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتاب بغير بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها ما دخل الولد في الكتابة فلماذا كرناه وأما امتناع بيعها فلا تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد

بمسبيل التبعية وما يتبعها لان التسع يتلو الاصل (قوله) وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتاب بغير بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما قنة فلم أسمعها (قوله) وأما امتناع بيعها فلا تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقه وهما ثبت للولد حق الحرية

كتابته ولم يقل صار مكاتباً لانه لو كان مكاتباً لكانت له بقية كتابته بعد عجز المكاتب الاصل بل يعجز الدخول بعجز الاصل حتى اذا عجز المكاتب يبيع الاب لمان كتابته الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصل (قوله) ألا ترى ان الحر متى كان ذلك الاعتاق يعتق عليه) أي اذا اشترى أباه أو ابنه (قوله) وله ان للمكاتب كسباً لا ملكاً) ولهذا نحل الصدقة وان أصاب ما لا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشترى ابنته ان المكاتب لملك له في الحقيقة لكن بقدر على اكتساب القدر عليه توجب النفقة في قرابة الولاد حتى تجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وان لم يكن موسراً ولا تجب نفقة الاخ الاعلى الموسر (قوله) ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد) يعني قرابة الاخ وأمثالها متوسطت بين قرابة بنى الاعمام وهي بعيدة لانها بواسطة العم وهو بواسطة الجد بين قرابة الولاد وهي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب والجد وتعود ذلك فاشبهت بنى الاعمام في حق الزكاة وحل الخلية وقبول الشهادة وحرمان القصاص وأشهد الولاد في حق حرمه المنالكه واقتراض الصلة وحرمه الجمع بينهما نكاحاً فألحقناها بالولاد في العتق وبنى الاعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حفظاً (قوله) وهذا أولى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذاً من الكتابة لا لغيرنا الشبه بالاختلاف يلزم إلحاقها بالولاد في حق العتق لان العتق أسرع نفوذاً من الكتابة (قوله) ولم يجز بيعها) ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه نص عليه في الميسر (قوله) أما دخول الولد في الكتابة فلماذا كرناه) إشارة إلى قوله بتحقيقنا

(الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما لم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها او حدها فذلك (قوله) ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة الحرمة غير الولاد (قوله) قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء أو الهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

عندهما لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة انه ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان أدى عتق وما نضل معه فهو له وان عجز عاده ورماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعاق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلا لان ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والا أقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى لأنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء القياس بنفيه ولما قلنا أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء (١١٨) ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافع لصدر الكلام

تحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالانزاع وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شريك الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس بنفيه يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (وان ولد المكاتب ولده من أمته دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعنى في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسرى من أمته ولده من الامه حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسرى لا يحل له وطه أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتري كنفاته ليس لاحد التسريكين وطوها لكن ان وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جار يبين حرم مكاتب ولدت ولدها فادعاه المكاتب فان الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن

لانها أم ولد خلافا لابي حنيفة وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يتحمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ابتداء القياس بنفيه (وان ولده ولده من أمته دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبه ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى الى الولد فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبته عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا نصير مكاتبته تبعاً للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضى أن لا نصير مكاتبته تبعاً للولد وانما يقتضى أن لا نصير مكاتبته أمه الا يرى أن المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته وبصير مكاتباً تبعاً للولد كما مرع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضاً فلهذا في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا نصير مكاتبته تبعاً للولد تحقيقا لانحطاط رتبته عن ولدها في حق الحرية الا يرى أنها لا نصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضع فكذا لا نصير مكاتبته تبعاً للولد هابل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقيقةا لا حقيقةا لاصالة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضاً قلت ورد على المكاتب والولد حرة فيكون واردا عليه بخلاف الامه اه (أقول) فيه أيضاً نظر لان كون قرابة الولد قرابة حرة لا يقتضى أن يكون ورود العقد على الاب وورد على الولد أيضاً والا يلزم أن تكون كلمة الولد أيضاً فيما نحن فيه اصاله لا تبعاً للولد فلا يصح قول المصنف ما دخل الولد في الكتابة فلماذا كررنا لا يفتي ويلزم أيضاً أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولد هابل في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفق (قوله) وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء القياس بنفيه) قال

لصله بقدر الامكان (قوله) لان كسب المكاتب موقوف) أي كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيقرر له وبين أن يجز فيقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يتحمل الفسخ وهو أمومية الولد اذ لو تعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلا دمجاً للفسخ فيفسخ بانقضاء الكتابة فيثبت يلزم ان يجعل الشئ الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشئ الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعاً لما هو دونه الا أنه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولد هابل تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وما يثبت بشروط المتبوع لو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء القياس بنفيه (قوله مؤكدا) احتراز عن ولد

كالتدبير

نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لان المكاتب بجماله من حق المالك في كسبه يملك الدعوة كالحرف في قيام المالك في نصفا ههنا يثبت نسب الولد لمن وقت العلق ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله) وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد كسب كسبه (اذ الولد كسبه) وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتب من زوجه دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا (فصار من الاوصاف القارة الشرعية والوصاف القارة الشرعية في الامهات)

(كالتدبير والاستيلاء) والحرية والرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احتراز عن ولد الابنة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابنة غير مؤكدا اذ ابقى مما لا يدوم (١١٩) وكذا يبيع المستأجرة والجانيبة فان الامه

اذا انصفت بمما امتنع بيعها
الامقر ونابشئ لكن ليس
بمؤكد فقوله الاموصاف
القارة احتراز عن مثل

هذين الوصفين وقوله
الشرعية احتراز عن السواد
والبياض والطول والقصر
فانها لا تسرى واذا سرت
كتابتها الى ولدها لم يجوز
بيعه كالم يجوز بيع امه قال

(ومن زوج امته من عبده)
هذا ايضا بناء على أن
الاموصاف القارة الشرعية
في الامهات تسرى الى

الاولاد ولهذا كان الولد
داخلا في ملكية الام وكسبه
لها (قوله لان تبعية الام
ارجح) اشارة الى ما ذكرنا

وهذا استوضع بقوله
ولهذا يتبعها في الرق
والحرية وفي بعض النسخ
دخل في كتابتها وكسبه

لها أي في الدخول يتبعها
وفي الكسب يتبعها خاصة
والاول هو الوجه لان فائدة
الدخول هو الكسب

وانما كان تبعية الام ارجح
لانه جزء منها بحيث يقرض
منها بالمقراض قال (وان
تزوج المكاتب باذن مولاه

امرا فزعت انها حرة فولدت
منه ثم استحققت فأولادها
عبيد ولا يأخذهم المكاتب
بقيمة يؤديها الى المستحق

(قوله والاول هو الوجه
لان فائدة الدخول هو الكسب)

أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال
فائدته ان يعتق بعتهما سواء كسب ام لا بان يبلغ مبلغ الكسب مثلا

كالتدبير والاستيلاء قال (ومن زوج امته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأ فزعت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا

صاحب العناية ولقايل أن يقول القياس كما ينبغي ابتداء بنفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه منافي لصدور الكلام تحسك والجواب انه ليس بتحسك وانما هو من باب الاستحسان بالانحراف وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذ ملكه اذ بوقوله والقياس بنفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الامر المذكور ولا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولدها بل هو بظاهر اطلاقه يتناول صورتين معافقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذ ملكه الابان أراد أن الامر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت بمقرر بدون دلالة الامر المذكور وعليه فهو يؤدي الى المصادرة انه في أول المسئلة فان الامامين لم يقبلوه فلماذا لم يجوز ابيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها قط على أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذ ملكه لا يملك ليس بنام على قول أصحابنا جيعا لانه ان أراد بالملك في قوله اذ ملكه الاب ملك الميسر فهو ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا ترى أن الحر اذا استولد أمة بنفسه لا يجوز بيعها بالانحراف بل يور بعينه مع أن الولد هنا لا

ليس بملك له لا بملك الميسر بل يور بعينه وان أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده عنده أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عنددهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولد ذلك الولد بسبب ان كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاء لانيه

فظهر أن قوله ولا شك أن الولد انما يعتق الام اذ ملكه الاب ليس بنام على كل حال (قوله ومن زوج امته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعها ما في الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيره قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتهما سواء كسب ام لا بان لم

الاتفة حيث لا يجوز بيعها ويجوز بيع ولدها لان الامتناع في الابنة غير مؤكد فلا يسرى الى الولد (قوله دخل في كتابتها) وفي بعض النسخ في كتابتها ومعناه اذا كاتبها كتابا واحدة بدخل الولد في كتابتها لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما اذا كانت الكتاب مستقرقة والصحيح هو الاول (قوله زعت انها حرة) الغرور وانما ثبت بقول الامه انها حرة وكذا اذا تزوجها منه حر على انها حرة أو زوجها منه عبد أو مسدرا ومكاتب على انها حرة ويرجع الغرور بما ضمن من قيمة الولد على الامه بعد عتقها ويرجع المستحق على الحر وعلى المدبر والعبد والمكاتب اذا اعتقوا أو ما اذا أراد أن يتزوج امرأه فأنه حر وجل انها حرة ولم يزوجها اياه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي أمته فولدت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشئ لانه ما التزم شيئا انما أخبره بخبر كان كذبا وذلك لا يثبت له حق الرجوع كما لو أخبره ان الطريق آمن فذلك فأنه لا يصدق ولكن يرجع بقيمة الولد على الامه اذا اعتقت لانها غرته حين تزوجت نفسها منه على انها حرة واذا تزوجها هو لا يعلم انها أمة أو تزوجها هو يحسب انها حرة ولم يغره فيها أحد فالولد درقيق لان هذا ظن منه والظن لا يغني عن الحق شيئا (قوله ولا يأخذهم بالقيمة) أي

لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال
فائدته ان يعتق بعتهما سواء كسب ام لا بان يبلغ مبلغ الكسب مثلا

عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه ولد المغر و ولوجود سبه وهو الغر و لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا
حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لو جرد الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المسوط وفي شرح الجامع الصغير ان
قيمة الاولاد عنده: آخر اذ اؤتمروا الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجز الخ) ثم اذا غرم القيمة
برجميع دلمها عنده لان الغر و حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولدان ان يتبع الادم في
الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل (١٢٠) فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا)

أي ولد المكاتب (ليس
في معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة
وهنا بقيمة متأخرة الى
ما بعد العتق) فكان
المانع عن الاخلاق به موجود
وهو الضرر اللاحق
بالمستحق في التأخير (فيبقى
على الاصل ولا يلحق به واذا
اشترى المكاتب أمة
وطئها بغير اذن المولى)
أو باذنه لكنه قال بغير اذنه
ليبين منه ما اذا كان باذنه
بطريق الاولى (ثم استحقها
وجل فعلية العقر يؤخذ
به في الكتابة) من غير
تأخير الى الاعتنان (وان
وطئها على وجه النكاح لم
يؤخذ به حتى يعتق) فيما
اذا كان بغير اذنه (و) حكم
(المأذون له كذلك) قنا
كان أو مدبرا والفرق
المذكور في الكتاب
تقريره الكتابة أو جبت
الشراء والشراء أو جبت
سقوط الحد وسقوط الحد
أو جبت العقر فالكتابة
أو جبت العقر ولا كذلك
النكاح و باقي كلامه
ظاهرا لا يحتاج الى شرح

عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها احرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو
الغر و وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لئلا حرية الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا
لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الام في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا
ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل
ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها جل فعلية العقر يؤخذ به في
الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل
الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخله تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا
الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من
الاكتساب في شيء فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها أخذ بالعقر في الكتابة وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا
ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينظمه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

يبلغ مبالغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لان المأذون فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو
الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تحقق فائدة قط في دخوله
في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه انما يكون فائدة
للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا
فذلك الفائدة أيضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا نافي كون الاول هو الوجه بل يؤيده
وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة
في الجلة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

لا يأخذ المكاتب الاولاد بالقيمة أي لا تكون الاولاد احرار بالقيمة (قوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة
ناجزة) أي فيما اذا كان المغر و حر او أخذ بقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد رجه الله ههنا بقيمة متأخرة الى
ما بعد العتق أي فيما اذا كان المغر و ومكاتباً أو عبداً أو مدبراً هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى أما اذا
كان التزوج من هؤلاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لان كل دين وجب على المملوك بسبب
ما ذون فيه من جهة المولى يؤخذ به في الحال وكل دين وجب بسبب غير ما ذون فيه من جهة المولى فانما يؤخذ
به بعد العتق (قوله وهذا العقر من توابعها) توابع التجارة داخله تحت الكتابة وان كانت تبرعاً حقيقة
كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لو جب
الحد فصار لمعقابين التجارة وان كان مقابلاً بغير مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار
شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فلا ينظمه الكتابة فتأخر الى عتقه كدين الكفالة والله أعلم

قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على
الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان تجب القيمة عند محمد لا فتقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق و ولد الحر
انخلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق بولد الحر المغر و وبالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولدان ان يتبع الام
في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد احرار من زوجين قنينين بلا تحرير و وصية و صورته أن يكون للحر ولد وهو قن لا ينجي فزوج الاب أمته
من ولده برضامولاه فولدت الامه ولداً فهو حر لانه ولد ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضاً على الكاية لانها مقيدة بانتهاء المانع
(قوله تقريره الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث لأن يقال المراد أو جبت صحة الشراء

(*) فصل

*** (فصل) * مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ونفصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بان ادعاها (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها او صارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت لان المولى حقيقة المالك في رقبته ولها حق المالك والحقيقة تراجحة فيثبت من غير تصديق وانما يتخير (لانه تلتها جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى يملك الاعتراف في ولدها) لان الدعوى من المولى كالنحرير وأنه يملك تحريروا ولدها من غيره قصدا فلا يملك ذلك ضمننا للدعوة بطريق الاولى وقوله (١٢١) (وماله من المالك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى**

ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في الكتابة ناقص فلا تصح دعواه بان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتناق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلا يثبت من المولى أولى (فان اخذت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاه) أي مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها) ونمنافعها على ما قدمنا (يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعدم مضها على الكتابة (عنت بالاسيلا ودسقط عنها بدل الكتابة) على ما ندكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط

*** (فصل) * قال (واذا ولدت المكاتبه من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها او صارت أم ولده) لانها تلتها جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتراف في ولدها وماله من المالك يكتفى لصحة الاسيلا بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاهالاختصاصها بنفسها او بمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عنت بالاسيلا ودسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبته وما بقى ميراث لابنها حرا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعيه على الولد لانه حر ولو ولد ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الآن يدعى حرمة وطنها**

*** (فصل) * مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ونفصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشرع (قوله) ثم ان مات المولى عنت بالاسيلا ودسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشترها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل التعليق فلما عنت بالاسيلا بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب والمعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عما لا يجهه الشرط انتهى كلامه وقد اقبلت أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولادها قد تقرر فيما مر من أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدم متمنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي للارزمن يوجب تنافي للزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما نانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فافهما يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفى حينئذ العمل المشابهة بالكتابة فسامعنى قول هؤلاء الشراح فلما عنت بالاسيلا بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملنا بمعاوضة وتوقلنا بسقوط الكتابة بعملنا بشبه الشرط ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والا ولان الكتابة**

*** (فصل) * (قوله يملك الاعتراف في ولدها) لان الدعوة من المولى كالنحرير وانه يملك تحريروا ولدها قصد اذا لم يكن منه فلان يملك تحريروا ولدها ضمننا للدعوة أولى (قوله وماله من المالك يكتفى لصحة الاسيلا بالدعوة) وهذا لانه لما كفى للمكاتب ملك أدنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعتناقه لصحة الاسيلا حتى يثبت منه النسب عند الدعوة فلان يكتفى للمولى ماله من المالك وهو أقوى بدليل جواز اعتناقه لصحة الاسيلا أولى (قوله لما قدمنا) اشارة الى قوله قبل فصل المكاتبه الفاسدة واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت أخص باجزائها (قوله ولو ولد ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الآن يدعى حرمة وطنها عليه) وهذا بخلاف أم الولد اذا ولدت ولدا حيث يلزم**

(١٦ - (تكملة الفقه والكفاية) - (ثامن) البدل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل التعليق فلما عنت بالاسيلا بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقامنا بسلامة الاكساب عملنا بمعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة بعملنا بشبه الشرط (وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبته وما بقى ميراث لابنها حرا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعيه على الولد لانه حر ولو ولد ولدت ولدا آخر) وهي ما مضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكون لان نسب ولدها (فصل واذا ولدت المكاتبه) (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت لان المولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر لها

الولد انما يثبت بالسكون اذ لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر والله اعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم ولده جاز لان الكتابة يتوسل به الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جاز لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببطلان الآخر بل لا يثبت بهما فإمكانهما متنافيان لانه لا تنافي بينهما لكونهما جعته عتق تلقاها على سبيل البدل وعورض بان مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم وأجيب بان ملك المولى فيها ثابت يد اورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والمالك يجوز أن يقابل ببطلان بدل متقوم وان لم يكن متقوما كلاك (١٢٢) القصاص اذا عتق بعض الاولياء فانه يقابل حصته الا تخير بالمال (فان مات المولى عتقت

بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين

(قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فإمكانهما متنافيان) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمرية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البدل) أقول لو فوارد عتق متنعى الاجتماع على معاول واحد شخصي لا يمنع قال المصنف (غير أنه تسلم لها

عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولد لها فتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقاها جعته حرة (فان مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعلق عتقها بموت السيد (وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها باقية فائدة غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد

انفسه في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة بولا تنافي بينهما لانه تلقاها جعته حرة) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضى العتق ببطلان الآخر بل لا يثبت بهما فإمكانهما متنافيان لانه لا تنافي بينهما لكونهما جعته عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فإمكانهما متنافيان بان قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفى العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب بخلاف العتق بأمرية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شق الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تساميه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمرية الولد في الوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسبيين المختلفين في الوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفى العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شق الثاني فلا يثبت ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع وكيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمرية الولد فإني يجتمعان معا وان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلق على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليقه لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد لان

المولى لان أم ولده جعل للمولى وطؤها وهذه أم ولده لا يجعل للمولى وطؤها فاذ كان لا يلزم المولى الا ان يدعى حتى اذا عجزت نفقة سائر ولدها فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت أم ولده لا يجعل للمولى وطؤها فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر اولاد أم الولد (قوله جعته حرة) أى عاجلة ببطلان الكتابة وأجلة بغير بدل (قوله غير انها تسلم لها الاكساب والاولاد) جواب لشبهة وهى ان يقال لما انفسه الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان يسلم الاكساب والاولاد المشتركة في الكتابة للمولى فاجاب ان الكتابة انفسه في حق البدل وبقيت في حق

الاكساب والاولاد) أقول قال الاتقاني لم تجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن يقول النظر اليها في ايقاع حقها اليها لان وحققا الحرية يتوقفان على ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلا منافيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لغيره لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليق الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد المولى حكم الام لانه تابع لامه حالة الولادة اه كلامه وانت خبير بانه امس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهى مكاتبه وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا يبين في العقود الشرعية فكم لها انظار

أحدهما أن تبطل بغير المكاتب عن إبقاء البديل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيغائه بالاول يعود فقاراً وأولاداً كسابه لمولاهم والثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا ههنا إلى بطلان الكتابة فنظر للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علة بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علمه بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلى الثانية بالاولى والاولى الثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدت المكاتب) بالنصب أى بطل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبيل موت المولى) (١٢٢) عتقت بالكتابة لانها باقية وان

كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المتوسط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالندب مجرد استحقاق الحرية لا حقيقة لها وانتفاء المانع وهو عدم المنفعة كما تقدم

(قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بإيغائه) أقول فيه فنى فان الإيغاء يتقرر ولا يبطل والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعى في إيغائه بعده يكون سعيًا في تحصيل الحاصل وهذا هو الذى أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا إليه) أقول وفيه أنه ليس في الثاني إبقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية بالمهلة بالإيغاء نظرًا

لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتب قبيل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لماذا كرتا من الحاجة ولا تنافي اذا لم يتغير ثابت وانما الثابت مجرد الاستحقاق

الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولعائل أن يقول النظر في إبقاء حقها اليها وحقها الحر يتوقد حصل لاقى ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلاهما في حق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لانه لا يتم اعتق بالاستيلاء بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خير من أن ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتب ومملكتها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتب في أكسابهما وانما هو يد لارقة ولهذا لا يمكن التبرع فيهما وانما رتبة أكسابهما ملك مولاهما كرتبة أنفسهما مالم يؤد بابل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق وعما ياتي فقوله ومملكتها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبهما لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رتبة فلا يندفع الاستشكال بل يزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرتبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله أسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة تلواعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد الأم لا يملك الام لانه تابع للام حاله الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جسد لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبيل كتابة أمهم من غير مولى أو لها وقد اشترتها أمها حاله الكتابة كما صرح به ناسج الشرع يستحب ذكر الاولاد في قول المصنف نسلم لها الاكساب والاولاد بقوله أى الاولاد التي اشترتها المكاتب في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاهما انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذلك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام ولعائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حاله واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بغير المكاتب عن إبقاء البديل والثاني أن يبطل بانتهائه بإيغائه بالاول يعود فقاراً وأولاده كسابه لمولاهم والثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة فنظر للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا إليه (أقول) لا السؤال شي ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقداً

الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر في انفساخها في حق سقوط البديل لاقى حق الاولاد والاكساب

لها فليس الإيغاء والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يبطل بعلمتين مختلفتين) أقول اذا كانتا قريبتين ولا نسلم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولاً العتق ومن قوله هي ثانياً البديل (قوله فان الثابت بالندب مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فنقول المصنف اذا الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى والظاهر أنه لتعليل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالندب لم امتعت الكتابة به أو يكافئها (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

(وان مات المولى ولا مال له غير هاهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسمى في الأقل منها وقال محمد تسمى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتناق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقة وقد تلقاها جهة تاحرية بيدلين مجمل بالتدبير وموَّجَل بالكتابة فتخير وعندهما الماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا سيما فلا معنى للتخير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البذل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن الحال أن يجب البذل

واحد لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها وحدة الجهة وههنا لم يتحقق ذلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة بمن جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والاكتساب كما يفسر عنده قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الاكتساب والأولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوزه أحد هاتين الجهتين أن انتهاء الكتابة بإيقاع البذل انما هو تمامها وتقرر هاهي فعل أحد طرفي بطلانها بما لا يساعده العقل والنقل وثانها أن الكتابة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه إيقاع البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيقاعه واعتبار غير الواقع واقعه المجرد المنظر لها بما لا نظيره في قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الاكتساب والأولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيقاع تمام البذل يصير تمام الكتابة في حق البذل وفي حق الاكتساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيقاع البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيتها في حق الاكتساب والأولاد وجه ورابعها أن جل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تحمله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً إذا كانا من جهة واحدة وان صير إلى اختلاف الجهتين لا يبيح احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلمين مختلفين لأن للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلى الثانية بالاولى والاولى والثانية فتأمل فلهذا سديدي إلى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشئ وجوابه ليس بسديداً أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلمين مستقلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل بمقاطعة على ما تبين في موضعه والامر فيمات نحن فيه في سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثاني فلأن كون المعلل بالجهة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لأن تلك الجهة أن يلزمه إيقاع البذل وقوله لامتناع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها وإذا أسقط عنها البذل لا يلزمها إيقاعه قطعاً فلم يكن ماذ كره من توزيع التعليين على مالها وما عليها سديداً كما يخفى (قوله والاعتناق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقة وقد تلقاها جهة تاحرية بيدلين مجمل بالتدبير وموَّجَل بالكتابة فتخير) لان في الخيار فائدة وان كان جنس المال

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقتوى في جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعض زيادة إيضاح (قوله فتخير) لان في الخيار فائدة وان اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أيسر لكونه خلافاً فكان الخيار مفيداً (قوله وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه لأن الاعتناق لمالم تجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعي في ثلثي قيمتها لتغير وأجيب بأن قد حكمنا بصدقه الكتابة نظر الهافتين فيها لذلك فلا يكون بدلها أقل فيحصل النظر وجوبه وقوله (انه قابل البذل بالكل) لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبك على كذا والمحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكتوبة

(قوله فان مات المولى ولا مال له غير هاهي بالخيار) انما قيد به لأنه لو كان له مال غير هاهي تخرج من ثلث ماله عتقت بالتدبير وسميت عنها الكتابة لوقوع الاستغناء بماعن أداء المال فكان هذا بمنزلة مالوا عتق المولى مكتوبة (قوله وقد تلقاها جهة تاحرية بيدلين مجمل بالتدبير وموَّجَل بالكتابة فتخير) لان في الخيار فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقل المالين أيسر لكونه خلافاً فكان في الخيار فائدة وان كان جنس المال متحداً (قوله قابل البذل بالكل) أي بكل المدرة لأنه أضاف العقد إلى كلها فقال كاتبك على هذا وهي محل قابل لهذا العقد كالتنقيص فيصير كلها مكتوبة وإذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها بما فيها فوجب

بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها السكك بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فنهنا يسقط الثالث وصار كما
 إذا تأخر التدبير عن الكتابة قولهم ما أن جميع البدل بمقابل ثلثي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل وان
 قول بالسكك صورة وصيغة ولكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحققت حرية الثلث ظاهر أو الظاهر
 إن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته وصار كما إذا طلق امرأته فثلثين ثم طلقها ثلثا على ألف كان
 متقدما لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أسير باعتبار الاجل وأداء أقلهما أسير لكونه حالا فكان التخيير
 مفيدا كذا في عامة الشرع وعزاه في معراج الترواية إلى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن
 القاعدة المذكورة إنما تنصرف في صورة أن كان البدل المجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما
 في العكس فلا فلا شك أن أداء الأقل المؤجل أسير من كل وجه من أداء الاكثر المجل فلا فائدة في التخيير
 في هذه الصورة أصلا لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده
 كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله) وعندهما لماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة
 وجب عليها أحد المالكين فاختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الاعتاق لم ينعز عنه
 عتق كلها بالتدبير لاعتق بعضها وانفسخت الكتابة فوجب السعيانية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن نقد
 حكمه ناهية عن الكتابة نظرا لها فثبتته لذلك فلا بما يكون بدلها أقل فيحصل الخطر بوجوبه كذا في العناية
 أخذنا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب اشكال لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها
 بالتدبير يناقض قول المصنف وعندهما لماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة إذا اظهر أن الحرية والكتابة
 لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فأنى يتصور إبقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت
 المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقةتها والمذاقي للحرية هو الثاني دون الأول فلتلوا بقى حكم الكتابة لا بقى
 تأجيلها لأنه من خصائصها ولهذا قال في السكك في تقرير دليل الامين هنا وعندهما لماعتق كله يعتق ثلثه
 لأن الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لأنه من خصائص الكتابة وبقى أصل المال عليه
 غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيله لزم أن لا يتم قواها ما فاختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر
 المؤجل لكون أدائه أسير من أداء الأقل المجل كما مر في بيان دليل أي حنيقة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا
 تنقطع مادة الاشكال (قوله) والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته (أقول) لما منع أن يمنع
 هذه المدة فإنه لا يلتزم من مجرد استحقاق الحرية بحقيقة التحرر يتوالت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق
 الحرية دون حقيقةها فجاز أن يحتاج إلى استفادة حقيقة عاجلا فلتلزم المال بمقابلته ألا ترى أنه يجوز للمولى

أن يسقط بقدره من الثلث وصار كما إذا استأخر التدبير بأن كاتب عبده أو لأمه بده ثم مات ولا مال له سواء فانه
 يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق (قوله) وله ما أن جميع البدل بمقابل ثلثي رقبتهما (ولا يقال الظاهر أنه
 إنما نلزم بمقابلة السكك لأنه إنما التزم ليعتق قبل موت المولى لا ما نقول استحقاق المدبر العتق غير مقرر وقبل
 موت المولى لأنه ان مات قبل موت المولى بطل الاستحقاق وان مات المولى قبله يتقرر وبطل الكتابة في
 الحال كالموقوف بين أن يكون بمقابلة السكك أو الثلثين فان أدى قبل موته يكون بمقابلة السكك فيعتق كله
 بإدائه البدل وان مات المولى أولا يتقرر استحقاقه فثبت بموت المولى أو لان التزام البدل كان بمقابلة ما لم يتقرر
 استحقاقه فوضعيه أنه إنما يلتزم البدل ليحصل العتق له عاجلا ما لو علم حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البدل
 فان أدى قبل موت المولى يجعل بمقابلة السكك وإذا مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين (قوله) استحققت
 حرية الثلث ظاهرا) إنما قيد بقوله ظاهر لأنه إذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث الا
 بالسعيانية (قوله) فصار كما إذا طلق امرأته فثلثين) إلى قوله كان جميع الألف بمقابلة الواحد فان قيل إنما
 قابلنا البدل ثمة بآراء ما بقى لوقوع التطاقتين ما هما فلا مدبرة حق العتق والمالك كامل فيها ولهذا حل وطؤها
 فجوز أن يثبت بازائه من البدل قلنا قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا لو أتملها الإنسان لا يضمن
 الأبعية الثلثين فيكون البدل بازاء الباقي

وقد سلم لها الثلث بالتدبير
 فيسقط ما قبله من البدل
 والالكان ما فرضناه سالما
 غير سالم هذا خلف باطل
 وقوله (وصار كما إذا تأخر
 التدبير عن الكتابة)
 وصورة أن يكاتب عبده
 أولا ثم يدره ثم يموت ولا مال
 له سواء فانه يسقط عنه ثلث
 البدل بالاتفاق وهي المسئلة
 التي تلي هذه المسئلة وقوله
 (لأنها استحققت حرية الثلث
 ظاهرا) أي مكشوفاً بينا
 لا يخفى على أحد لان ائراجها
 عن الملك بغير الاعتاق غير
 صحيح فان أعتمها خرج عما
 نحن فيه وان ماتت قبله
 فكذلك وان مات المولى
 عن مال يخرج من ثلثه فقد
 استحققت حرية كلها وان لم
 يترك غيرهما فقد استحققت
 حرية ثلثها الثلث فاستحقاق
 ثابت قطعاً (واظهار)
 البين (أن الإنسان لا يلتزم
 المال بمقابلته ما يستحق
 حرته) فتعين أن يكون
 (قوله) وقد سلم لها الثلث
 بالتدبير) أقول فيه تأمل
 (قوله) لان ائراجها عن
 الملك) أقول أي لا إلى مالك
 قال المصنف (والظاهر ان
 الانسان لا يلتزم المال الخ)
 أقول لا ينشئ على أصل أبي
 يوسف فانه استحق حرية
 الكل عنده لعدم تجزؤ
 الاعتاق

جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ولما قيل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا السكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول تجزوا الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مرنا حكمنا بصحة الكتابة نظر المدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا بالمقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة السكل فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان درمكاتبته مع التدبير لما بينا) (١٢٦) أنه تلغتها حتى تاحرية (ولها الخياران شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمنة في جانب المملوك لان النفقة والحفاية على المكاتب في حال الكتابة وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابته افات المولى ولا مال له غير ما تحيثر بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمته عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزوا الاعتاق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالسكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قبيل الكتابة بلازمنة في

جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالسكل اذا استحقاق عنده في شيء فافترا قال (وان درمكاتبته مع التدبير) لما بينا (ولها الخياران شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمنة في جانب المملوك فان مضت على كتابته افات المولى ولا مال له غير ما ههنا بالخياران شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمته عند أبي حنيفة وقال السعي في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا بمقابل بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب لانه لا ياتى في الكتابة في حقه قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسة مائة مجعلة فهو جائز) استحسانا

أن يكتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية السكل قطعا لعتقه اعند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حرية كالا احتياج الى استغادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حرية بعضها تلك العسلة بعينها أولى كالا يخفى فليتنامل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية السكل عنده لهدم تجزوا الاعتاق اه (أقول) ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية السكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبت عتق السكل بعق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزوا الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية السكل عندهما ظاهرا بقوله لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انهما استحققتا بجنا من غير أن يلزمهما سعاية في ذلك الثلث كما تلزمهما في الثلثين الاخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرية يشبهه وان الانسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حرية بمجانا بخلاف ما لا يستحق حرية أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتشبه على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكرت فيهم

(قوله لدلالة الارادة) أي ارادة المطلق لان الظاهر انما تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة الباقية كذا ههنا (قوله عنده) أي عند عقد الكتابة (قوله لما بينا) أنه لاتنافي لانها تلغتها حتى تاحرية (قوله بناء على ما ذكرنا) أراد به قوله أما الخيار فسرع تجزوا الاعتاق (قوله ووجه ما بينا) أراد به قوله لان البدل مقابل بالسكل (قوله لا ياتى في حقه) أي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر في ابعاقه في حق سلامة الاكساب

جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والازوم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه ككل ما عاها المولى أو آخره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به يبدل قبل لا يبدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب لانه لا ياتى في حقه) إشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببدل نظر الى سلامة الاكساب لانه فقد تكون الاكساب كثيرة تغضل بعد أداء البدل منها له جلته ووجهه ان الاكساب سالمة لا ياتى في حقه لتبسط الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر بالتحقق الواقع فيعتق باعتاقه (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسة مائة مجعلة فهو جائز

استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال (لأن الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة لا يجوز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاط البعض الحق لا يجوز لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا وله لا يجوز ومثله بين الحرين وقد (١٢٧) مرفى كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير

وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا وله لا يجوز ومثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبطل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا

(قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المجمل والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لأن الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة لا يجوز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف فدل على ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الآن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكره العرض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوه الان ذكر العرض بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدور كتاب المكاتب حيث قالوا أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة كل واحد منهما ما عقد يستغاده المال بمقابل ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العرض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا يخرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العرض وخروج قولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العرض فيها ليس بطريق الاصالة اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاط البعض الحق لا يجوز لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل اه (أقول) ليس هذا بسد بطلان المستحق في كل منهما او المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء مجمل في المقابلة فلم يوجد النصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الا تخوفان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الا تخولان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كالأينقي وعن هذا قال ناج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المجمل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض واستيفاء لبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء فيه

(قوله فكان ربا) لانه لما أدى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة بمقابلة خمسمائة من ألف التي في ذمته فان الخمسمائة الاخرى تسلم للمكاتب بالاجل وأنه ليس بمال والدين مال فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون ربا لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض (قوله لهذا لا يجوز مثله في الحر) بان كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وكذا لو كان على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجب لا يجوز وبطل الكتابة مال من وجه أي ليس بمال من كل وجه حتى لا تصح الكفالة ولا يصلح

ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة مجلة (وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على أداء البدل الا به فاعطى له حكم المال وبطل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (ربا) وفيه بحث لان المال لما يتحول به وهو يعمد الانوار وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا لان أعطى متعدي الى مفعوله بلا واسطة

(قوله لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله الاعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الآن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز

ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل وكلام العاقل يجب صونه عن الالفة فاما المكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول

وقد استعمله باللام وأما معنى فسلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجهه فان أراد بقوله فاعطى له حكم المال من كل وجهه فان الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ما ذكره من أن المال ما يقوله ويجوز جميع اذا كان مال من كل وجه وليس مانع من نفسه كذلك وانما المراد به هنا وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توفيقها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا في شيء أنه اعتبر به تلك الجهة تعجبا لا اعتدوا نظر المكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقر به أن عقد الكتابة تقدم من وجهه وتقدم ان له شها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من كل وجه وفيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الآخرين لانه تقدم من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة للاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلم أن يردوه (١٢٨) دفع الضرر وتأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدي

ثلاثي الاغني حالا) وهو الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلاث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما وثلاث درهم (الى أجله أو يرد قضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الاغني حالا والباقي الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصغه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك) كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جازلان له أن يطلقها بغير بدل ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الاغني فلا أن يؤخرهما كان أحسن قتأمل (ولهما ان جميع

ولان عقد الكتابة تقدم من وجهه دون وجهه والاجل ربا من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الاغني حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الاغني حالا والباقي الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جازلان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدلتني جميع الثمن حالا والثالث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا قيمه ازا ادعيا لما بيننا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة يقال له أدلتني القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير

مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالة فليتأمل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر أن لو أرادوا بنفي القدرة على الاداء لابه في القدرة الممكنة وهي أدنى ما يمكن به من

نصا بالزكاة (قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجهه) لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دين او عقد من وجهه لانه تعليق العتق باداء البدل والاجل ربا من وجهه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر (قوله حتى أجرى عليها أحكام الابدال) حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل الثمن (قوله ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف) أي أصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة (قوله لما بيننا من المعنى أراد به ما ذكر من الدليل في الطرفين (قوله لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير) فانه تبرع باسقاط أحد الاغني وتأخير الالف

المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الابدال من جواز المراجعة على الاغني فاعتبر وجواز الحبس على الماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جازا للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط بمعنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يجزى المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالا والثالث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بيننا من المعنى يعني الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة أدنى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير) الاعتدال (قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كافي ودفع لم (قوله لما تقدم ان له شها) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافي كعالمه غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول الذين أضافوا من العقود (قوله بخلاف العقدين الآخرين لانه تقدم من كل وجه) أقول ونخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل

وهو ناجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثالث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لاني حق الاسقاط ولا في حق التأخير * (باب من يكاتب عن العبد) * لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الاصيل لان الاصيل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم الخ) قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بالغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أن أديت اليك ألفا فهو حرف كاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبيا يعني ان (١٢٩) هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حصة البيع ونحو ذلك

بأداء هذا القائل وموقوف على اجازته فيما عليم من لزوم البذل لانه عقد جري بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازته من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبيا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكاله العبد بذلك نفذ عنه عتقه فكذا اذا جاز بعد العتق وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني أديت اليك ألفا فهو حرف فادي عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق أي في توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قبل ما افرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المبيع فيما

فاعتبر الثالث فيهما * (باب من يكاتب عن العبد) * قال (واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان أدى عنه عتق وان بالغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أديت اليك ألفا فهو حرف كاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبيا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على أني أديت اليك ألفا فهو حرف فادي لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقبل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبدا آخر لم يولد وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) الأداء وأما اذا أرادوا بذلك نفى القدرة المبسرة وهي ما لو جب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مغلسا فيمتنع الناس غالباً من اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان أمكن في الجلة على ان المصنف وأضرابه لم يشبهوا في تعليق صحة الكتابة الحالة عندنا يجوز ان الاس قراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبني الكتابة على المساهلة فيجعله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال رد الى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة تقدير والله أعلم * (باب من يكاتب عن العبد) *

الاخرى والله أعلم * (باب من يكاتب عن العبد) * (قوله لانه لا شرط) أي حتى يعتق لوجوده لانه لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حرف والعقد موقوف والموقوف لاحكمه (قوله ولا ضرر للعبد الغائب) وهذا لان المولى يتفرد بإيجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل البذل فاذا تبرع الفضولي بأداء البذل وتصرف الفضولي نافذ في حق كل حكم ليس فيه ضرر ولا ضرر عليه في عتقه عند تبرع الغير بأداء البذل عنه فتعقد الكتابة في حق هذا الحكم وتتوقف في حكم لزوم الالف على العبد (قوله وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب) يعني قيل صورة مسئلة الكتاب ما اذا لم يقل ان أديت اليك ألفا فهو حرف بل قاله كاتب عبدك على ألف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه أنه ان أدى عنه عتق وان بالغ العبد وقبل يصير مكاتباً وقيل هذا الجواب أي العتق بأداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة بصورة ضرورة التعليق بان قال الفضولي على أني أديت فهو حرف على ما قال في الكتاب (قوله لانه متبرع) لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطرب في أدائه وهل له ان يسترد ما أدى الى المولى فيه تطاول طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبداً آخر لم يولد) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل حلوا استحسانا وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب

(١٧ -) (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن) له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما له والجواب أن ماله ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطرب في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطاول طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبداً آخر لم يولد) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل حلوا استحسانا وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب * (باب من يكاتب عن العبد) * (قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبعية وانما عدل عنه للاختصاص ان الباب (قوله فان يبيع الفضولي يتوقف على اجازة المبيع فيما له) أقول كتبوا الملك له

لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبده غيره أو زوج أمته وأمثه غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعوا الكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعوا حتى عتقوا بإدائهم وليس عليهم من البديل شيء فإن قيل ليس مانح فيه كالمستشهد بهم إلا أن الأولاد تابعة لها من كل وجه حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البديل شيء وتعتق الأولاد إذا أعتق المولى إلا أن بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليه مما مقصود حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبه ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بل توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بل توقف فالجواب أن ما ذكرنا يجوز أن يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر إلى (١٣٠) ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تبعية

للمقدون نظر المكاتب ولا شتمه على المسامحة وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينزله الجاهز فله أي فالعبد أن يأخذ العبد الحاضر بكل البديل لأن البديل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البديل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدل على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لأنه قال في أول المسئلة فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكسبه أعاده تعهد القول (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البديل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لأنه متبرع أذ ليس عليه شيء من البديل ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة (لأنه ينال صرف الحرية وصار كغير الرهن

ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولا يتبعها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعوا الكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعوا حتى عتقوا بإدائهم وليس عليهم من البديل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينزله الجاهز فله أن يأخذ بكل البديل لأن البديل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البديل شيء لأنه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا يجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البديل عليه وأما الغائب فلأنه ينال به صرف الحرية وإن لم يكن البديل عليه وصار كغير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى دينه عليه والغائب تبرع به غير مضطر إليه

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالغائب فيها وقد علم الكفاية بديل الكتابة لا تصح وإن أدى بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع كمن تبرع بإدائه الثمن على المشتري وتم تبرعه وهذا إذا أدى كل بديل الكتابة وإن أدى البعض له أن يرجع سواء أدى بضمان أو بغير ضمان أن أدى بضمان فلما صرنا إلى بغير ضمان فذلك لأنه لم يحصل عوضه وهو العتق فكان حكم الأداء وقفا ف يرجع كمن تبرع بإدائه الثمن في بيع موقوف كان له أن يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف ما قبل العبد الكتابة ثم تبرع إنسان عنه بإدائه بعض بديل الكتابة حيث لا يرجع لأن ثمة حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البديل وههنا لم يكن في ذمة لعبد شيء حتى يبرأ بإدائه هذا إذا أراد أن يرجع قبل إجازة العبد وإن أجاز الكتابة حتى نفذت عليه ثم أراد الحار أن يرجع بما أدى بحكم الضمان يرجع وإن أدى بغير ضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض لأنه متى أجاز نفذت الكتابة من الابتداء فوقع الأداء مبرا للذمة المكاتب عن بديل الكتابة فيحصل مقصود المتبرع فلا يرجع (قوله والكتابة على هذا الوجه مشروعة) بأن جعل نفسه أصلا في الكتابة والغائب تبعها كولد المكاتبه يكون تبعها لها فيصح هذا التصرف كذلك أو يجعل هذا كتابة للحاضر على ألف وتعلق العتق الغائب بإدائه ألف الذي هو بديل في هذه الكتابة تصحها التصرف العاقل بقدر الامكان (قوله وأيهما أدى عتقا) أما الحاضر فلأن البديل عليه فيجبر المولى على قبوله عند أدائه ويعتق الغائب أيضا لدخوله في كتابة الحاضر تبعها كفي ولد المكاتبه أو لا

إذا أدى المرتهن) لفسا كعينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينه عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر إليه) ومثله أيضا لا يرجع فإن قيل الغائب ههنا كغير الرهن ومعتبر الرهن مضطرا ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر إليه فالجواب أنه كهو في حق جواز الأداء من غير دين عليه في الاضطراب ان انما هو إذا فاته شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما (قوله وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحها للعقد) أقول قوله تصحها ما نظر إلى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع إلى البعض (قوله ولا شتمه على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحها (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البديل شيء

يقال عدم الرجوع لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة ووربما فانه لو لم يودف كان مضطرا أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ لما بينا) انه فيه تبع (فان قيل العبد الغائب ذلك ولم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر له وقبوله في ذلك (لان الكتابة (١٣١) نائمة على الحاضر من غير قبول

الغائب فلا تتغير بقبوله)

فليس للمولى أن يأخذ

بشئ من بدل الكتابة (لمن

كفل عن غيره بغير أمره

فبانه فاجزه لا يتغير حكمه

حتى لو أدى لا يرجع عليه

كذا هذا واذا قبلت الامة

الكتابة عن نفسه او عن

ابن له صغير من جاز)

وانما وضع المسئلة في الامة

اشارة الى أن الحكم في العبد

والامة سواء فانه لو وضعها

في العبد لم يمتدحهم ان

الجواز لثبوت ولاية الاب

عليهما فلا يجوز ذلك في

الامة لعدم ولايتها اذا لام

الحر لولاية لهاف كيف

بالامة (وأنهم أدى لم يرجع

على صاحبه ويجوز للمولى على

القبول ويعتقون لانها

جعلت نفسها أصلا في

الكتابة وأولادها تبعاعلى

ما بينا في المسئلة الاولى)

وذلك ان الام اذا أدت فقد

أدت ديناعلى نفسها وكل

من الولدين ان أدى فهو

متبرع غيره مضطروفي ذلك

كأنه لارجوع فان قيل اذا

أدى أحدهما ينبغي أن

لا يعتق الابن الآخر لانه

لاصالة بينهما ولا تبعية

فالجواب ان أحدهما اذا

أدى كان أداه كاداء الام

قال (وايس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ) لما بينا (فان قيل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبانه فاجزه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامتعتن نفسها وعن ابنين لها صغير من فهو جاز وأنهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجوز للمولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاعلى ما بينا في المسئلة الاولى وهي أولى بذلك من الاجنبى

وأحكام الاصل لان الاصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبى) يعنى ان

ذكرنا من التعليق ووجود الشرط وأما اذا أدى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبى بل يكون بمنزلة ولد المكاتب ومعبى الرهن اذا قضى دين الراهن فان المرتن يجبر على القبول لانه يستخلص به ماله وهما أولى لانه يستخلص به نفسه ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبه أولا لانه في حقه مجرد تعليق العتق بشرط أداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب وان دخل في عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبه إلا أنه أصل من وجه من حيث ان عقد الكتابة أضيف اليهما مقصودا بقوله كاتبنى بأتم درهم على نفعى وعلى فلان الغائب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما في الاصل ولهذا لو أعتق المولى الغائب عتق وسقط حصته من المكاتبه لان المال مقابل بالرقة في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا لاحصائه في حقه لئلا يتضرر به فاذا باطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدى حصته وان أعتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبه ويؤدى الغائب حصته حاله والارد في الرق لان الاجل كان مشروطا بالاحصاء دون الغائب بخلاف ولد المكاتبه اذا أعتق المولى لا يسقط عن المكاتبه شئ ويعتق باعتاق المكاتبه (قوله فان قيل الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشئ) أى لا يؤثر بقوله في لزوم بدل لكتابة عليه لانه ليس للمولى أن يأخذ الغائب بشئ أجاز الغائب أو لم يجز وكذلك رده لا يؤثر في حق رد عقد الكتابة عن الحاضر بل عقد الكتابة لازم للحاضر وان رده الغائب (قوله واذا كانت الامتعتن نفسها) أى قبالت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها والحكم في العبد كذلك وايس في وضع المسئلة في الامة فائدة سوى ما ذكره أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض بقوله ان لهذه الرواية أى لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هنالوضع المسئلة فحين كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار فلولرواية الجامع الصغير كان الغافل ان يقول للاب على الغير من الولدين ما ليس للام فبرواية الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالغير ليدل بذلك ان لا أثر لقبول الغائب أو رده ثم فائدة وضع المسئلة في الصغير دون الصغير هي انهم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون لانه لو لا هذا الوضع كان لقاتل ان يقول في مثل هذا اذا أدى أحد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا صالة لاصالة بينهما ولا تبعية بخلاف الامة وانها فان أداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن يتبعها وكذلك أداء الام كاداء أمه لانه لما دخل في كتابتها بطريق التبعية صار أداء التبعية كاداء الاصل وأما أداء هذا الابن ليس كاداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما ولهذا وضع هذه المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار ليعيد هذه الفائدة ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ التثنية لانه أقل ما يعتق فيه هذه الفائدة (قوله على ما بينا في المسئلة الاولى) وهي ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبدا آخر اولاد غائب (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبى) لان ولدها أقرب اليها من الاجنبى والله أعلم

لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قبل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغير دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبى)

(قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بانه راجع الى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله وهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

بريدان هذا العقد على هذا
أوجه يجوز في حق الاجنبي
فإن يجوز في حق ولدها لأن
ولدها أقرب اليها من الاجنبي
أولى وأقول لعلة اشارة الى
ما ذهب اليه بعض المشايخ
أن ثبوت الجواز ههنا قياس
واستحسان لأن الولد تابع
لها بخلاف الاجنبي وأرى
أنه الحق والله أعلم

(باب كتابة العبد المشترك)
ذكر كتابة الاثنين بعد
الواحد لأن الواحد قبل
الاثنين قال (وإذا كان العبد
بين شريكين الخ) إذا أذن
أحد الشرى يكن لصاحبه
أن يكتب نصيب نفسه
بالف درهم ويقبض بدل
الكتابة فكتاب وقبض
بعض الالف ثم عجز فالمال
لأذى قبض عند أبي حنيفة
وقال هو مكاتب بينهما وما
أدى فهو بينهما

(باب كتابة العبد المشترك)
(قوله ذكر كتابة الاثنين
بعد الواحد لأن الواحد
قبل الاثنين) أقول لا يظهر
أن يقال ذكر كتابة المشترك
بعد غير المشترك لأن
الاشتراك خلاف الأصل
ولأن المشترك من غيره
كل ركيب من المفرد فتدبر
وانما قلنا لا يظهر ذلك لأن
مقصود الباب بيان حال
كتابة العبد المشترك سواء
كان المكاتب واحدا كفي
المسئلة الاولى على مذهب
أبي حنيفة أو اثنين (قوله
وإذا كان العبد بين
شريكين) أقول أي بين

(باب كتابة العبد المشترك)

قال (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكتاب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال لأذى قبض عند أبي حنيفة وقال هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لأن الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى أنه الحق اه (وأنا أقول) أرى أن الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شرح هذا الكتاب وذلك لأن من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجهه القياس ههنا كون الولد تابعا للام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لأن الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتم لأن تبعية الولد لأم في الكتابة مطلقا إنما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامتعة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطابقة وأما التبعية الحاصلة بالضم لها في عقد الكتابة فتل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لأنهم اجعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاعا على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتب على أولادها كتبوتها على نفسها وليس يصح ادفعه مرحوا قاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامه اذ لو وضعها في العبد لم يماثلهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

(باب كتابة العبد المشترك)

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الرابع لأن الوجه الثاني لا يتشبه في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة ترحم الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله وإذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجه الاولية أن حكم هذه المسئلة نعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريكين يتنظم الكل اما يجعل الشريك فعلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلاما من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشرك والفعل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيشة في تناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال وإذا كان العبد بين شريكين فبعض الغضاء قوله شريكين برجلين حيث قال أي بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو قصر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا لتغلب المذكر على الاناث لكان له وجه وجهه لا قضاء المقام اياه

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله ان يكتب نصيبه) أي نصيب المأذون

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا اعتناق لانها تغيد الحر يتمن وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة اذنه مما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بعير اذنه واعتراض بان الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتناق أو معنى تعليق العتق بإداء المال ولولو جدي من ذلك من أحد الشر يكتن بغير اذن صاحبه ليس للاختلاف ولا لاية الفسخ في أن ين للمكاتبه ذلك وأجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى يوجبها وهو الحاق الضرر ببطان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الفسخ ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يصح بتراضيهما فتحقق المقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتناق والتعليق وان كان فيه مضر ولكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلانه عين قوله واذنه له ليس بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا (١٣٣) بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل

المقبوض له ويجوز أن يكون ضيره عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذالم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بإداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع اعلم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بان التبرع عليه هو المكاتب من وجهين حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان

بينهما) وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتناق لانها تغيد الحر يتمن وجه فتقتصر على نصيبه عنده والتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذالم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتناق لانها تغيد الحر يتمن وجه فتقتصر على نصيبه عنده والتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذالم ياذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا اعتناق لانها تغيد (قوله وأصله) أي وأصل قوله فالمال الذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هو بينهما نصفان (قوله فيكون متبرعا بنصيبه عليه) أي على المكاتب لانه لما اذن أحد هما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبا وبقي نصيب الاذن عبدا كما كان فحين اكتب كان هذا كسب ماله بعضه مكاتب وبعضه عبدا كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه فحق اذن الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد اذن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له فيصير الاذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة ماله وهب من مكاتبته شيئا ثم المكاتب ملكه من غيره بغرض وعرفان قيل المتبرع له ان يرجع بما تبرع به اذالم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بإداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود به من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذلك التبرع بالمال عن الزوج ثم جاءت الفرق من جهة اقبل الدخول يرجع بما تبرع به لان مقصود المتبرع سلامة منفعة البضع للزوج ولم يحصل فلهذا أيضا مقصود الاذن بالتبرع أن يسلم للمكاتب رقبته بالعق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع فلنا المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن عتقه بعد العجز صار ماله من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده دين ولا عينا خصوصا اذا خرج عن

ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذالم يحصل مقصوده وانما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كلوكا تباه فجزؤ في يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قوله ما حثت آخره

رجلين (قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبها وهو الحاق الضرر ببطان حق البيع للشريك الساكن بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطان متعلق بقوله الضرر وقوله للشريك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول يعني الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول يعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتناق فظاهر وأما التعليق فلانه عين) أقول فلم ينتف فيها المانع (قوله وهو أي البدل) أقول والعقد والمكاتب يؤيده قوله وقالوا هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قوله ما حثت آخره) أقول فيه كلام لانه ياتي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها الخ) وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعونه وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعونه أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كالأول بطريق التبسين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعونه (١٣٤) لقيام المالك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاء في المكاتبية يتجزأ عند أبي

حنيفة رحمه الله لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاء بالتملك نصيب صاحبه والمكاتبية لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نسبه كإلى المدبرة المشتركة فإن الاستيلاء فيها يتجزأ بالاتفاق والجامع أن كلام من المكاتبية والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكاتبية قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاء فإذا لم يتمحض الفسخ منفعه لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبية وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعونه لقيام ملكه ظاهر أو غائب بقوله ظاهر لأن الظاهر أن غصني على كاتبها فكان ملكه باقيا نظر إلى الظاهر ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئ سابق ويضمن نصف قيمته لأنه تلك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئها جارية مشتركة

الكل لعدم العجز وهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد لأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعونه لقيام المالك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبية لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كإلى المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعونه لقيام ملكه ظاهر أو غائب إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد لأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئ سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تلك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئها جارية مشتركة (ويضمن شريكه كإلى عقرها وقيمة الولد

الحري من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والأذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وإنما يكون فائده إن نفعه ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والأذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبه اه (أقول) هذا خبط ظاهر لأن الأذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبه قطعا لا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة أن الأذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم العجز وهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه وأعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأنه يابى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة الاعتنان ترجحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشريرين يابى بآذن الآخر كما نحن فيه فمن أين ثبت الآباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كتابتي المستثنين هو العجز ووعده فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الأمر ههنا ففهم منه ترجيح قوله لما لا ينافي وما وقع التنازع بين الكلامين حللنا الثاني على الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا ولا محدود رتب (قوله) ويضمن شريكه كإلى العقد وقيمة الولد قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة

يده بالنسليم إلى المكاتب بخلاف الزوجة والبائع لأن ذمتهم ما حمل صالح لوجوب دين المتبرع فثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده (قوله لعدم التجزئ) ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث ثبت الكتابة قصر على لسان الكتابة انما تقتصر على أحد الشريرين إذا كانت غير لازمة والكتابة هناك ليست لازمة بدليل أن الساتك يملك فسخها وهما لازمة فاشبهت التدبير (قوله كإلى المدبرة المشتركة) صورها أمة بين رجلين دبرها ثم وطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثبت نسب الولد منه وتقتصر أمومية الولد على نصيبه (قوله لقيام ملكه ظاهرا) قيد بقوله ظاهرا بالنظر إلى إبقاء الكتابة والنظر إلى العجز لا يبقى ملكه فيها والظاهر أن غصني على كاتبها فيكون ملك الثاني باقيا فيها (قوله ووطئ سابق) فتصير أم ولد له من ذلك الوقت لأن السبب هو الوطئ فصار كالأذا أسقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى تسحق الزوائد (قوله) ويضمن شريكه كإلى عقرها) وقيمة الولد فإن قيل ينبغي أن لا يضمن قيمة الولد لأن ضمان القيمة في ولد المفقور ولما إن المالية تلف في الولد بحرية فيضمن الأب قيمته وهذا الولد يتبع ويضمن شريكه كإلى عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

ويكون

ويضمن شريكه كإلى عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعونه وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعونه أيضا) أقول فيه بحث أيضا (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبية) أقول دون أن تجزئ نفسها على ما هو الغرض في موضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المفقور ولأنه حين وطئها كان ملكة فاعلمنا ظاهراً كما ذكرنا وولد المفقور ثابت بالنسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر ولأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك الانها واجب بان هذا على قولهما أو ما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي (١٣٥) حنيفة في تقوم أم الولد روايتان

فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة وأبهم ما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل العجز حاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبدائها اذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد ولداً ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما يمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تنص به المكاتبه وتبقى الكتابة الولد عند أبي حنيفة ترجمه الله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك الانها واجب بان هذا على قولهما أو ما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سبأني بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يتناهى هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة اهـ وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الخامس من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما بينها اهـ (أقول) لا ضير في مخالفتها ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وان أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقق الرواية عن أبي حنيفة ترجمه الله في تقوم أم الولد أيضاً حيث قال وان مات أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ترجمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه اهـ والجهيب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشرع وصاحب الكفاية وهما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الام والام غير متقومة فكذلك الولد فلا يجب القيمة فكان حراً فلا يجب الضمان فلنا عن أبي حنيفة ترجمه الله في كون أم الولد متقومة روايتان فهذه الواقعة على رواية تقوم فيكون الولد متقوماً على هذه الرواية فيضمن بالقيمة (قوله لانه بمنزلة المفقور) لان الشر يك وطئها على حساب ان بضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فبين أنه لا ملك له فصار مفقوراً (قوله وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة ترجمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هما الله هي أم ولد الاول) وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاء في المكاتبه يتجزى عند أبي حنيفة ترجمه الله وعندهما لا يتجزى وأجمعوا على أنه لا يتجزى في القسوة يتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاء واجب ما أمكن وهذا يكمل في القسوة وأمكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت تصبح قسوة واستيلاء الزمة لا يتجزى ولا يبي حنيفة ترجمه الله أنه لا وجه لتكميل الاستيلاء الا في ذلك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضى بغير تبنيها الكتابة ولا رضى بغيره آجله بجهة الاستيلاء فاذا لم يتحضر الفسخ منفعه لا تنفسخ الكتابة ولو لم يكن ان الاب اذا استولد مكاتبته لايصح وان أمكن تبنيها بفسخ الكتابة (قوله ولا يجوز وطء الآخر) أي لا يكون هذا الوطء وطأً يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب) لانه لا ضرر لهما في كونها أم الولد بل لها فيه نفع حيث لم يتبق محال لا يتدال بالبيع

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المفقور ولأنه حين وطئها كان ملكة فاعلمنا ظاهراً كما ذكرنا وولد المفقور ثابت بالنسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر (وأبهم ما دفع العقر الى المكاتبه جاز) لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبدائها اذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا الذي ذكرنا) كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد ولداً ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما يمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تنص به المكاتبه وتبقى الكتابة الولد عند أبي حنيفة ترجمه الله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك الانها واجب بان هذا على قولهما أو ما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سبأني بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يتناهى هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة اهـ وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الخامس من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما بينها اهـ (أقول) لا ضير في مخالفتها ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وان أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقق الرواية عن أبي حنيفة ترجمه الله في تقوم أم الولد أيضاً حيث قال وان مات أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ترجمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه اهـ والجهيب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشرع وصاحب الكفاية وهما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الام والام غير متقومة فكذلك الولد فلا يجب القيمة فكان حراً فلا يجب الضمان فلنا عن أبي حنيفة ترجمه الله في كون أم الولد متقومة روايتان فهذه الواقعة على رواية تقوم فيكون الولد متقوماً على هذه الرواية فيضمن بالقيمة (قوله لانه بمنزلة المفقور) لان الشر يك وطئها على حساب ان بضعها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فبين أنه لا ملك له فصار مفقوراً (قوله وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة ترجمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هما الله هي أم ولد الاول) وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاء في المكاتبه يتجزى عند أبي حنيفة ترجمه الله وعندهما لا يتجزى وأجمعوا على أنه لا يتجزى في القسوة يتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاء واجب ما أمكن وهذا يكمل في القسوة وأمكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت تصبح قسوة واستيلاء الزمة لا يتجزى ولا يبي حنيفة ترجمه الله أنه لا وجه لتكميل الاستيلاء الا في ذلك نصيب صاحبه والمكاتب لا يحتل النقل من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضى بغير تبنيها الكتابة ولا رضى بغيره آجله بجهة الاستيلاء فاذا لم يتحضر الفسخ منفعه لا تنفسخ الكتابة ولو لم يكن ان الاب اذا استولد مكاتبته لايصح وان أمكن تبنيها بفسخ الكتابة (قوله ولا يجوز وطء الآخر) أي لا يكون هذا الوطء وطأً يثبت النسب والا فعدم جواز الوطء بالاتفاق (قوله فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب) لانه لا ضرر لهما في كونها أم الولد بل لها فيه نفع حيث لم يتبق محال لا يتدال بالبيع

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكرنا من ضمان كمال العقر وقيمة الولد يكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسيات الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسرى الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما بينها

(قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه ما تقدم قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال ههنا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختهم وهما في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز بيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ولو ابطالناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بياناً (١٣٦) لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به

فما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجوز ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن أحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه قبل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب ولا تضرر بسقوط نصف البديل وقيل يجب كل البديل لان الكتابة لم تنفسخ الا في

الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بمجيب هذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال ههنا قلتم بفسخ الكتابة ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمن صحة الاستيلاء ووجه الجواب أن في تجوز بيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ولو ابطالناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه ههنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بقايل قلنا ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف ههنا يقبل قال ويجوز أن يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يضره فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة فنقل المكاتب المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع الى هناك كلامه (أقول) أنت خبير

والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها أحق باكسابها واكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب مقياس أبو حنيفة رحمه الله المكاتب المشتركة بالمدبرة المشتركة أي الكتابة بخلاف التدبير من حيث ان الكتابة قابلة للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ فكذلك اذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه لما قلنا ان أمومية الولد يجب تكميلها ما أمكن وههنا لا إمكان لان التدبير لا يقبل الفسخ (قوله بخلاف بيع المكاتب) أي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجوز البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع وقد قلنا انه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب (قوله غير أنه لا يجب الحد) للشبهة وهي شبهة ان مكاتبه بينهما ما لا دليل الذي ذكره أبو حنيفة رحمه الله على انها تبقى مكاتب بينهما (قوله لان الوطء لا يتجاوز عن أحدى الغرامتين) أي اما الحد واما العقر (قوله وصارت كلها مكاتبه) أي لا الاول (قوله قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وهو اختيار الشيخ الامام الزاهد أبي منصور والماتر يدرجه الله لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشايخ رحمه الله تبقى مكاتبه بجميع بدل الكتابة لان انفساخ الكتابة أمر ضروري فلا يظهر فيما عدا ذلك الاول نصيب الثاني فبقي العقد الاول كما كان

فتبقى الكتابة كما كانت (قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتقرره أنه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة أنها مكاتب بينهما ما لا دليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتب بينهما ما فيها تضرر به بالإجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن أحدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقرره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبه له أي لا الاول قيل هو جواز اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب ولا تضرر بسقوط نصف البديل وهو

حق

نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البديل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البديل

قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة فنقل المكاتب المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع (قوله أنهم اتفقوا على مكاتب بينهما) أقول بخلاف لقوله وهي مكاتبه له (قوله قيل هو جواز اذا بقيت) أقول له هو جواز الى قوله قيل

وقوله (وفي إبقائه) يجوز أن يكون جواباً عما يقال الكتابة تنسخ فيما لا تنضر ربه المكتوبة وهي لا تنضر وبسقوط نصف البديل فيجب أن تنسخ ويوجهه أن في إبقاء عقد الكتابة في حق نصف البديل نظر المولى وإن كانت لا تنضر والمكتوبة بسقوطه في حجة بجانب المولى لأن الأصل في الكتابة عدم النسخ (والمكتوبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها (١٣٧) بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور

حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البديل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا تنضر المكتوبة بسقوطه والمكتوبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة في ضمنه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها ون نصف ما بقي من بدل الكتابة) لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أن تملكها قال (وإذا كان الثاني لم يطأها

بان القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جواباً عن ذلك (قوله ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة إلى قوله فلا تردد بينهما يجب أن تملكها) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكتوبة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أن تملكها لأنه متيقن قال صدر الإسلام ولأنه لو بقي من البديل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل الجميع بديل نصيبه من هذه الرقبة إذ نصف درهم فلماذا أوجبنا الأقل هذا قولهم ما في المكتوب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهم ما في ما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمته مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البديل والوجه قد ذكرناه إلى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح فاء وتدوير مختل أما أولاً فلأن قوله إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً خط فاحش إذ قد صرح في

(قوله وفي إبقائه في حقه) أي في إبقاء عقد الكتابة في حق نصف بديل الكتابة نظر للمولى أي المستولد الأول وهو حصول بديل الكتابة له (قوله على ما بينا) أي في بيان قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله ويضمن الأول لشريكه) في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة وهو قول أبي يوسف رحمه الله في مكتوب بين اثنين يكن أعتقه أحدهما فإنه يجب عليه عند أبي يوسف رحمه الله نصف قيمته مكتوبة في قياس قوله فيما نحن فيه إن يضمن نصف قيمتها مكتوبة أيضاً وقيمة المكتوب نصف قيمته فها (قوله لأنه ضمان التملك) انه ورا ثار الملك فيه من حل الوطء والاستخدام ونحوها فالأمر إذا أعتقه أحدهما أولاً كان هذا ضمان إفساد الملك لأنه لم يظهر أثر من آثار الملك عندهما والوالاء ليس من آثار النصيبين فإن الوالاء عندهما لا معتق على تقدير النصيبين وعدمه فلم يكن ضمان الاعتاق ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الأقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أن تملكها لأنه متيقن ولأنه لو بقي من البديل درهم يكون

في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكتوبة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البديل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أن تملكها لأنه متيقن قال صدر الإسلام ولأنه لو بقي من البديل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل الجميع بديل نصيبه من هذه الرقبة إذ نصف درهم فلماذا أوجبنا الأقل هذا قولهم ما في المكتوب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه

(١٨) - (تكملة الفخر والكفاية) - (ثامن) وعلى هذا القياس قولهم ما في ما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البديل والوجه قد ذكرناه (وإذا كان الثاني لم يطأها

(قوله على ما بينا) أقول بمعنى في شرح قوله ويبقى فيما رواه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعليل القولين

ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك اُما عندهما فظاهرا لان المستولد تملكها قبل العجز
 واما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره
 والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لانه تملك نصيب
 شريكه وكل الاستيلاد على ما بيننا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طسه جارية مشتركة (ونصف قيمتها)
 لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الاول) لانه تمت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم
 جميعا

عامة المعبرات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة بان قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن
 يضمن الساكت المعتقد قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويستسي العبدان كان معسرا بناء على أنه ضمن
 اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في
 تلك المسئلة لانه ضمن التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار لا يشبهه على أحد أن ضمن الاعتاق ضمن
 افساد التملك لا ضمن التملك أو لم يرقول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه ضمن تملك فاما
 اذا اعتقها أحدهما أو لا كان هذا ضمن افساد الملك وأما ما نأفلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشتركة اذا
 اعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشتركة اذا اعتق أحدهما
 نصيبه مع أن ما نقله عن صدور الاسلام في ما قبل صرح في أنه في حق المكاتب المشتركة اذا تملكها أحدهما
 بالاستيلاد وأما ما نأفلان صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال
 وعلى هذا القياس قوله ما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها
 مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البديل انتهى مع أن
 كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سياتي صرح في أن محمد مع أبي يوسف هناك في أن
 يضمن الساكت المعتقد قيمة نصيبه مكاتب اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البديل فكيف
 يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق احد الشر يكن
 المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المصنف فيما سياتي والاخرى ما رواه في قياس ما ذكره في مسئلة
 الاستيلاد يدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالشافي والبدائع فان المذكور فيها في مسئلة الاعتاق
 على قول محمد هو الرواية الاخرى روى ضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن
 كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أفهمه في لفظ الجامع الصغير هذا الى قولهما
 معا ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف هنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على
 قياس قوله في مسئلة الاعتاق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى قطعا
 أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف وفي قول محمد زيادة لفظ قياس في الاول وحذف في
 الثاني تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها
 الاول ملك نصف شريكه لم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه

حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيجوز ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمس مائتي درهم فلماذا
 أوجبنا الاقل (قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب) والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق
 الظاهر وذلك لكتبي اثبات ان نسب دون التدبير لا يرى انه لو اشترى أمه ودبرها ثم استعقت يبطل التدبير ولو
 استولدها ثم استعقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة كذا ههنا (قوله على ما بيننا) اشارة الى ما ذكره في
 قول أبي حنيفة رحمه الله ثم اذا عجزت بذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ويزن الجارية كلها أم ولد الاول
 لانه زال المانع من الانتقال (قوله لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتب لان استيلاده كان عند قيام الكتابة
 ويصح استيلاد المكاتب بالاجماع (قوله وهذا قولهم جميعا) ووجه ما بيننا اشارة الى قوله اُما عندهما

ولكن دبرها ثم عجزت بطل
 التدبير لعدم مصادفة الملك
 اُما عندهما فظاهرا لان
 المستولد تملكها قبل العجز
 واما عنده فلا نه بالعجز تبين
 أنه تملك نصيبه من وقت
 الوطء فتبين أنه أي
 التدبير (مصادف ملك
 غيره والتدبير يعتمد الملك
 فلا يصح بدونه) بخلاف
 النسب فانه يثبت من الثاني
 ان وجد الوطء منه (لانه
 يعتمد الغرور) لا الملك (وهي
 أم ولد الاول لانه تملك
 نصيب شريكه وكل
 الاستيلاد على ما بيننا) يعنى
 في تعليل قول أبي حنيفة
 وهو قوله وتبين أن الجارية
 كلها أم ولد الاول لانه زال
 المانع من الانتقال (ويضمن
 لشريكه نصف عقرها
 لو طسه جارية مشتركة
 ونصف قيمتها لانه تملك
 نصفها بالاستيلاد وهو تملك
 بالقيمة والولد
 لانه تمت دعوته لقيام
 المصحح) وهو الملك في المكاتب
 (وهذا قولهم جميعا)

(قوله وهذا قولهم جميعا)

لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولد هذا الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملكا لغيره فيها فلا يصح نذيره وقد كرنا
أيضا من قوله (ووجهه ما بيننا) أي في تعديل القولين أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا أن نغامن قوله وتبين أن الجارية الخ وأما طرفهما
فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتبها ثم أعتقها أحدهما وهو مومر ثم عجزت بضمن المعتق لشريكه نصف
قيمة ما يرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كلها لم تزل قنة والجواب فيه) أي في اعتناق
أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف في الرجوع) فان عند أبي حنيفة اذا (١٣٩) ضمن الساكت المعتق فالمعتق

يرجع على العبد وعندهما
لا يرجع عليه (وفي
الخيارات) عند أبي حنيفة
الساكت غير بين الخيارات
الثلاث ان شاء أعتق وان
شاء استسعى العبد وان شاء
ضمن شريكه قيمة نصيبه
وعندهما ليس له الا الضمان

مع اليسار والسعاية مع
الاعسار (وبغيرها) يعني
الولاء وتزديد الاستعلاء فان
عند أبي حنيفة ان أعتق
الساكت أو استسعى فالولاء
بينهما وان ضمن المعتق
فالولاء للمعتق وعندهما
للمعتق في الوجهين جميعا
وأما تزديد الاستعلاء فانهما
لا يريان الاستعلاء مع اليسار
ويقولان ان كان المعتق
سومرا يضمن نصيب
الساكت وان كان معسرا
سعى العبد لنصيب الساكت
وأبو حنيفة رضى الله عنه
براه (كما هو مسئلة تجزى
الاعتناق كما تقر في العتاق)
هذا اذا عجز (فاما قبل العجز
فليس له أن يضمن المعتق
عند أبي حنيفة) خلافا
لهم وهو واضح ومبين أيضا

ووجهه ما بيننا قال (وان كانا كاتبها ثم أعتقها أحدهما وهو مومر ثم عجزت بضمن المعتق لشريكه نصف
قيمة ما يرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كلها
لم تزل قنة والجواب فيه هل الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزى والاعتناق وقد
قررناه في الاعتناق فاما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لان الاعتناق لما كان يتجزأ عنده
كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالساكت فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك وعندهما
لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكتوبان كان مومرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه
ضمنان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار

أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتنامل انتهى (أقول) يمكن الفرق
بان وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة فهو أن حق شريكه في
نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير
متمسح فيما اذا لم يبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء
الكتابة وأما بعد ذلك والها فيصير ما أدته الى شريكه بمنزلة العدم كما هو في الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام

فضاها وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا ينفك العجز تبين أنه عاك نصيبه من وقت الوطى (قوله والجواب فيه) أي
في اعتناق أحد الشريكين القن المشترك على الخلاف في الرجوع فان عند أبي حنيفة رحمه الله اذا ضمن
الساكت المعتق فالمرتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد وفي الخيارات فان عند أبي
حنيفة رحمه الله الشريك الساكت بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن
شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها وهو الولاء فان
عند أبي حنيفة رحمه الله ان شاء أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق
وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعا (قوله كما هو مسئلة تجزى الاعتناق) يعني كأن مسئلة تجزى
الاعتناق على الخلاف فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضا فان فيه اشارة الى ان الخلاف
في هذه الاشياء الثلاثة بناء على مسئلة تجزى الاعتناق وعدمه (قوله) وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق
الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكتوبان) ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله كما
ذكر الخلاف في المسئلة المتقدمة في رواية الجامع وفي الزادات لم يذكر الخلاف أصلا فتكون هذه المسئلة
المتأخرة على تلك الرواية ويحتمل ان يكون قول محمد رحمه الله في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما ما وجه
الفرق ان الاعتناق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزى فيثبت العتق في الكل والعتق ينافى الكتابة ابتداء
وبقاء بخلاف الاستيلاء لانه لا ينافى الكتابة ابتداء فلا ينافيها بقاء بالطريق الاولى كذا في القوائد
الظهيرية

على تجزى والاعتناق وذلك (لان الاعتناق لما عجزت عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت
كالساكت) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما وجب ذلك في القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يعجز أعتق الكل فله أن
لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتنامل
(قوله لان الاختلاف) أقول يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه (قوله وبغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفي الخيارات وقوله وفي الخيارات
معطوف على قوله في الرجوع (قوله يعني الولاء وتزديد الاستعلاء) أقول فيه أن تزديد الاستعلاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد
العتق

يضمن قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسر الا انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار وقال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن المدبر يخرج بين تضمن المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزأ عنه فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب الاعتاق عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمن والاستسعاء يقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزأ عنه ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستسعاء عليه فله تضمن نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلوا (١٤٠) في قيمته فقيس قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع

قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجهه أن التدبير يتجزأ عنه فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيار الاعتاق والتضمن والاستسعاء كما هو مذهبه فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمن والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنه ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والغائث المبيع فيسقط الثالث وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما إذا غصب مدبرا فابق وان أعتقه أحدهما أو لا كان لا خيارا للثالث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمن

البدل فانفسخت الكتابة فيئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمته بالاعتاق فليتأمل انتهى

(قوله لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار) والقياس ان لا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان اتلاف الأنا استحسننا وقد ان المعتق باشر السبب أي لما أعتق المعتق نصيبه صار اعتاق نصيبه سبب اتلاف نصيب صاحبه دون العلة فيكون هذا ضمانا سببا وهو مبني على صفة التعدي ففيها إذا كان المعتق موسرا لا بد من الضمان لانه يتمكن من احوال الثواب بواسطة اعتاق عبدا آخر فإذا أعتق المشترك يكون متعديا وفيما إذا كان معسرا ليس له احوال ثواب اعتق طريق آخر سوى هذا فلم يكن متعديا (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي باعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه ملك الاستخدام والاستقلال وكان لا يجبر على الانحراج الى المعتق فبعد اعتاق المعتق يكون المدبر مجبرا وعلى الانحراج الى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مخصاها كسبها (قوله البيع وأشباهه) وهي الهبة والصدقة والارث والوصية (قوله والاستخدام وأمثاله) وهي الاعارة والاجارة والوطء (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال (قوله وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان) لان هذا ضمان حيولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك فانه بالاعتاق أزال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب (قوله كما إذا غصب مدبرا أو بقر) أي حتى ضمن الغاصب القيمة لا ملك الغاصب فاذا وجد الغاصب فله ان يستسعيه (قوله فاذا دبره لم يبق له خيار التضمن) فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه ما بقي

أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه نحو جات من الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والغائث من ذلك النوع الاول فيسقط الثالث وإذا ضمنه لا يملك شيئا بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما إذا غصب مدبرا أو بقر فانه يضمنه ولا يملكه فكأن ضمان حيولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك وان أعتقه أو لا يعني المسئلة الثانية كان لا خيارا للتضمن الثالث عند خيار التضمن والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمن لانه بمباشرة التدبير

يصير مدبرا للمعتق عن الضمان لعني وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمنه اياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك ضمان نصيبه مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمن مشروطا بتملك العين من هو الحاصل ان الضمان يتعلق بالتملك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتملك كما إذا أعتق أولا أو غصب الغن فبات أو بقر وأما ما إذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتملك فاذا عترض قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا (قوله فاذا دبره الى قوله وهو ان نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبره راجعان الى قوله لا آخر في قوله لكان لا خيارا للثالث

دقيق

ضمين الحيلة على ما يتعلق بالتعليك سقط الضمان لقوان شرطه فصار مغرور الشرط بتغيره من الصاحبة فصار له خيار الاعتراف والاستسعاء لان المدير يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فثبت لك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته مومرا كان أو معسرا لانه ضمنا تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قتالا لان تدبيره صادفه وهو قن وان أعتقه أحدهما فعتق الآخر باطل لان الاعتراف لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير المالك وهو يعتقه (ويضمن نصف قيمته ان كان مومرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمنا الاعتراف فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

(المولى) * تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهرا لتناسب لان هذه الاشياء متأخرة (١٤١) عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة ر نظر الجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم المدعى عليه اذا توجه للحكم عليه فادعى الدفع وقال في بيئته حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التججيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمدون) بالجر معطوف على كالمهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما وثلاثة أيام فانه مهمل

ويبقى خيار الاعتراف والاستسعاء لان المدير يعتق ويستسعى (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فثبت لك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته مومرا كان أو معسرا) لانه ضمنا تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قتالا لانه صادفه التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فعتق الآخر باطل) لان الاعتراف لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير المالك وهو يعتقه (ويضمن نصف قيمته ان كان مومرا) ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمنا الاعتراف فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) *

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظر الجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم المدعى عليه اذا توجه للحكم عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تجيزه وعجزه ففسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجزئه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) *

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهرا لتناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم المدعى عليه اذا توجه للحكم عليه فادعى الدفع وقال في بيئته حاضرة أنه يؤخر يوما

من قيمته ناقضا فصار كما اذا سبق التدبير الاعتراف فلما الاعتراف انما انعقد سببا للضمان لان نصيب صاحبه حينئذ كان قابلا للنقل من مالك الى مالك وباعتراض التدبير تعذر بقاء سيبة الضمان على هذا الوجه فيبطل السببية أصلا ألا يرى أنه لو غصب مديرا ثم أبق بضمه ولو غصب قنا فدبره المولى ثم أبق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتراف لان نصيب صاحبه وقت الاعتراف لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) *

(قوله واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عر رضي الله عنه أنه حط عن مكاتبه أول نجم حل عليه أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ثم اشتعوا منه فقالوا انجم الدينة نجوما ومنه قوله النجم ليس بشرط ودون منجم جعل نجوما وأصل هذا النجوم الأنواء لانهم كانوا يعرفون الحساب وانما يحفظونه من أوقات السنة بالأنواء (قوله كالمهال الخصم المدعى) أي اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بيئته حاضرة فانه مهمل ثلاثة أيام (قوله والمدون للقضاء) فانه اذا أقر بدين وسأل ان يمهله ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليبسع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك متناعا أداته ولم يحبس به (قوله لقول علي رضي الله عنه اذا توالى

ولا يزداد عليه) فان لم يكن له وجه وطلب المولى تجيزه وعجزه ففسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجزئه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولما قيل أن يقول هذا استدلال بفهم الشركة وهو ليس بناهض لانه يقيد بالوجود فقط والجواب ما أشار اليه من أن الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى) * (قوله والمدون بالجر معطوف على قوله كالمهال) أقول فيه مسامحة لظهور ربه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت أدول يعني باقرار المدعى عليه) (قوله وقال أبو يوسف لا يجزئه الخ) أدول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله

ان خلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقدا الكتابة عقد رفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا رفاق في الطلب عنده (فلا بد من امهال مدة رفاقا وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز (١٤٢) وهذا) أي كون العجز سبب الفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول

ولانه عقد رفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار أو أولى المدد ما توافق عليه العاقدان واما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخير أو لا تأخير متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبه عجزت عن أداء نجم واحد فردها ففسق الاحتجاج بها قال (فان أدخل نجما عند غير السلطان فنجز فرده مولا برضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى

نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستند المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين الثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا (قوله والا تار متعارضة) جواب عن استدلاله بأنه على رضى الله عنه وببيان ذلك انه روى عن ابن عمر أن مكاتبه عجزت عن نجم فردها ففسق الاحتجاج بها لان الا تار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماعن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أدخل نجما عند غير السلطان لراد بالاخلاق ههنا ترك

العناية والمدون بالجر عطف على كماله (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً اذ لا شك أن المدون معطوف على الخضم والمعنى وكماله المدون لاجل القضاء (قوله وله ما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يمتنع في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجمع عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائها ما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجما واحدا فيضعف مدته ولا يرب انه أسير له كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية اهـ (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية (قوله والا تار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبه عجزت عن أداء نجم واحد فردها ففسق الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأنه على رضى الله عنه بيان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فقط الاحتجاج بها أي بالا تار للتعارض لان الا تار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماعن المعارض فيثبت

على المكاتب نجمان رد في الرق) علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده ذكر نفي الاسلام علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل عند وجود أحدهما وهذا أمر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم (قوله والا تار متعارضة) فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبه عجزت عن نجم فردها ففسق الاحتجاج بها هذا جواب عما تمسك أبو يوسف رحمه الله بقوله على رضى الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنه يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها أي بالا تار المتعارضة لان الحديث اذا تعارض وجهل تاريخهما تساقط فيصار الى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماعن المعارض فيثبت الفسخ به أو يقول ان في حديث على رضى الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقفاً الى قيام الدليل وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه فان ذلك كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس (قوله فان أدخل نجما عند غير السلطان) أي غير القاضي

(ولو)

دامو طبيعة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها فاذا أدخل بهذا التعيين نجم عند غير السلطان

ن الغاضي (فمعجز فرده مولا برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى

الى المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعني دليله المعقول

وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالغسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى الرضا أو القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان في رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها أن هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء ونظام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشيء بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينهد المشتري بالغسخ بلا (١٤٣) قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز

المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الانسحاب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (ونما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه) وعلى مولاه لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له والا فلولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مان المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه) واستدل بذلك بالعقول بان المقصود من الكتابة عقده وعقده باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل بذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشرع لدلالة على انه استدلل بأن زينو بالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالوارع العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشرع فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والعطف عليه معنى قوله

(قوله أولم يرض به العبد لا بد من القضاء بالغسخ) وفي بعض الروايات ينهد المولى بالغسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشتري عيبا قبل القبض فانه ينهد المشتري بالغسخ وجه هذه الرواية ان هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء ونظام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشيء به من هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينهد المشتري بالغسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية الأخرى ان هذا عيب يمكن في أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فاشبهه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري عيبا بعد القبض وهناك المشتري لا ينهد بالغسخ كذا هنا (قوله لانه كان موقوفا عليه) وعلى مولاه لانه ان أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب وان عجز فلا مولى

(بمعنى العلق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والغرض عدمه فلازم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند

(قوله ونظام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رتبة عند الاداء (قوله واستدل بذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عقده وعقده باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشرع لدلالة على انه استدلل بأن زينو بالمعقول حيث قال

وهذا الشيء لم يثبت بعد ، وإنما أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبين أن هذا النص في الحال معلول وبين ما يميز هذا الوصف عن غيره وبين صلاحه بملاءمته للعلة المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدائه بظهور أثره في جنس الحكم المعلق به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بإدعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رد ادعاء الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجحوى على الركب بحضرة (١٤٤) المحققين فذلك الفوز العظيم قدره والافياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة

الذى ظهر عند ذوى التحصيل
عذره وألحق بالآخرين
أعيان الذين ضل سعيهم
في الحياة الدنيا وهم يحسبون
أنهم يحسنون صنعا(قوله
بل أولى) يجوز أن يكون
جوابا عما يقال ليس موت
المكاتب كموته العاقدان
العقد يبطل بموت العقود
عليه وهو المكاتب دون
العاقد ووجه ذلك أن
الموجب إبقاء العقد بعد
موت العاقد ههنا انما هو
الحاجة والحاجة إلى ذلك
بعد موت المكاتب أدعى
من حيث مقتضى المانع
أما المقتضى (لأن حقه
آكد من حق المولى حتى لم
العقد في جانبه) أما المانع
فلان (الموت أنفى للمالكية
منه للمملوكية) فان المملوكية
ضد الموت لا ينافيه
لكونه مجردا من حقيقة
وفي المالكية ضرب قوة
والموت ينافيها

يثبت قبله أو بعده مستند الوجه إلى الأول لعدم المحلية ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا إلى الثالث
لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولأنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى
حتى لم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لدعاء بالمعقول أيضا
كأن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه
كأنه قال لا تز يد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد
صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشرع في حاصل
المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشرع فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها
فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدارده على
صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشرع على تحقق الواو العاطفة في المشرع وعدم تحققه في
الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى
عدم مطابقة ذلك للمشرع وموافقة هذا الباب وأيضا ان الغاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا يجله في المشرع
كلا يتحقق على الفطن الناظر في عبارة المشرع (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب

(قوله لا وجه إلى الأول لعدم المحلية) وذلك لان الميت ليس محل للعقود ابتداء لما في العتق من أحداث قوة
المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز ان يستند إلى حال حياته لان المعاق بالشرط لا يسبق الشرط
وفي اسناده إلى حال حياته اثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء (قوله ولأنه عقد
معاوضة) احتراز عن النكاح والوكالة وذلك لانه ثبت للمكاتب المالكية اليد للمولى المطالبة به بدل الكتابة
وقضية المعاوضة المساواة ولا تنفخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب (قوله والموت أنفى للمالكية
منه للمملوكية) لان المملوكية عبارة عن المقدورية والقهرية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية
ولهذا يوصف الجاد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت أنفى للقادرية والقاهرية يتناول القهرية
والمقدورية فاذا جاز إبقاء العقد مع أقوى المنافين لادنى الحاجتين فلان يبقى العقد مع أدنى المنافين لادنى
الحاجتين أولى وأحرى وأما ما ذكره الشافعي رحمه الله من التردد فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض
بان يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا والمالك ومعتقا في فصل موت المولى وله اذا قدرنا الميت بعد موته
حيا وما لا كلام له فيما يحتاج إلى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على أنه يعتق في آخر حياه
أما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه يجعل أداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل

المصنف ولان المقصود
بالواو العاطفة والموافق
للمشرع فتبطل الكتابة

فتنزل

لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد

(قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول بل هو معتذر الثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب
كموت العاقد) أقول هذا لا يخلو عن بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا
عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول إلى في قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار
بقوله ذلك إلى البتة من المانع والحاجة إلى إبقاء أدعى الخ

فينزل حيا تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيها إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشر وطع على الشرط أجاب المصنف بقوله (و يكون أداء خلفه كادائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود (١٤٥) عليه هو سلامة مال الكتابة اليد

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كادائه فيستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من التردد وإضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذا أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مراجعنا الى شرح الاتفاقي ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقري حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كذا في التوضيح في فصل المأمورية نوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلاقيات

العناية بقوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموث العاقل لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعدم موت المكاتب أدعى من حيث مقتضى والمائع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو مجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب القيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموث العاقل لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقل لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مال الكتابة البذل كما مر جوابه والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا يمان ان المعقود عليه ما ذاق لاجل لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تنفيذ للمقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يتخلو عن بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام النزلي انتهى (أقول) ليس هذا تمام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لو وقع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في نص برمسلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبدا آخر لا يثبوت بان يقول العبد كاتبي بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التزل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه

حسي والاستناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف الى الموثوب وهذه الاضافة شرعية ألا ترى ان من رضى صيدا فبان قبل ان يصيب ثم أصاب صار ملكا له وورث عنه والميت ليس باهل لملكه ولكن لما صح السبب والمالك يجب بعد تمام السبب وتتمامه بالاضافة وهو ليس باهل له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا ههنا لما كان السبب منعقداد وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالمالك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وأما بان تمام التركة الموجد منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخليص بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه (قوله باستناد سبب الاداء) أي بسبب هو

(١٩) - (تكمله الفقه والكفاية) - (ثامن) الاستناد وهو ظاهر والحق أن تجعل إضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خلفه الخ فعلا يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممان (قوله ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مال الكتابة اليد كانت بقوته اذ مال الكتابة لميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا بحكم مشتركا كما لا يخفى والجواب أنهم حصلته بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفلسا بالاتفاق قد خوله في كتابته فكان كسبه كسبه فيخلفه (١١٦) في الاداء كالورث وفاء وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال أبو

حنيفة رحمه الله قيل له اما أن تؤدى الكتابة حاله أو ترد قيقاهما اعتبارا بالمولود بجامع أنه يكتب عليه تبعاً له ولهذا علق المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبده المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لما اشتراه دخل في كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضاً في ذلك الوقت لانه تباع لابي في الكتابة فيكون ذلك ثوريث عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيراً أو كبيراً فان كان صغيراً فهو تابع لابي وان كان كبيراً جعلاً كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء ما قبل الموت

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اترك وفاء (وان ترك ولد المشتري في الكتابة قبل له اما أن تؤدى الكتابة حاله أو ترد قيقاهما) وهذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أحله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة والجامع أنه يكتب عليه تبعاً له وهذا علق المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطاً في العقد فثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضاف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لانه فصله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تباع لابي في الكتابة فيكون هذا حراً يث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد

يعتق بعد الموت بان ينزل حياته قدراً كما أنزل الميت حياً في حق بقاء التركة على ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حياً ومالكاً ومعتقاً في فصل موت المولى وثانينهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كدائه بنفسه هذا زيادة في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح يدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكافة الواو فقال في شرحه في اثناء تقريره تعليلاً أتمتني في هذه المسئلة فينزل حياته قدراً واستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية ههنا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأه وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى الساكنين المختلفين المستقلين في اثبات قول أتمتني في مسئلة ثلثنا هذه فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ أن قوله صاحب الهداية أو تستند الحرية بالخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولذا أنه قد عارضه غلطاً بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطى عليه بكافة أو ولا يرب أنه معطوف على قوله فينزل حياته قدراً وراؤه لا يحذور في تمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة توسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانه فصله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز له مكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضاً لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باء بدل الكتابة حالاً لكنه سافط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس لسرايته حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتباً لولده باشرائه اياه لتحقيق الصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقاً له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده باء بدل الكتابة حالاً ليس لاجل السرية أيضاً بل لصيرورة المكاتب اذا كان بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفضح عنه صاحب

اداء (قوله لان الولد داخل في كتابته) هذه النكتة تقتضي ان لا يعتق الولد المشتري الا أن عتقه لمعنى آخر وهو ان مقصود المكاتب أن يعتق بجميع أجزائه فذلك ينعق باء الاداء الحال تحقيقاً المقصود العاقد بقدر الامكان (قوله بخلاف سائر أكسابه) فان المولى لا تصرف له في اكساب المكاتب وله ذلك لا يقدر على اعتان عبد المكاتب (قوله وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) يرثه أي ابنه وقيد بقوله كتابة واحدة استرازا على كاتبا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد لان الولدان كان منفردا بكتابة فاداه

قال (ان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما اوصو رهنما مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته، فالكتابة باقية وولاء الولد لوالى الام بأبقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقده حتى يؤدي البذل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضا بالالحاق بالام لا مكان الوفاء في الحال وأما ان الولد لوالى الام فسلانه لم يحكم بعقده لم يظهر للولد ولاء في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بجزء المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئاً (١٢٧) لا يبطله أمانه بقرره حكم الكتابة

فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالى الام ويجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجبر ولأهله الى مواله لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللزوم يقرر ثبوت لمزومه وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله فثلاً يعود على موضوعه بالنقض (قوله وان اختص موالى الام الخ) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختص موالى الاب وموالى الام فقال موالى الام مات رفيقاً والولاء لنا وقال موالى الاب مات حراً والولاء لنا فقضى بولاء موالى الام فهو قضاء بالجزء وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبداً

ان كان صغيراً فهو تبع لآبيه وان كان كبيراً جعلاً كشخص واحد فاذا حكم بجزء الاب يحكم بجزءه في تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فغنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بجزء المكاتب) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام ويجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجبر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجباً (وان اختص موالى الام وموالى الاب في ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالجزء) لان هذا الاختلاف في الولاء مقصودا وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على

السكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعده وله لغوات المتبوع ولكن اذا جعل صار كأنه مات عن وفاة انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين والام تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرنا يعرف الفرق بينهما فوجه تخصيصه عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفي فكأن بيانه أهم فيها ولهذا خص عليه بذكرهما قبلنا فغناء الفرق أيضاً متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى فليتم وجهه التخصيص وأيضاً لو كان ذكرهما مجرد بيان الفرق بينهما لما استحققت واحدة منهما المذكور منفردة عن الأخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالدكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسئلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين عليهما وبيان الفرق بين عليهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضاً يدون بيان العلة لم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما ويقع الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله) لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالى الام ويجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجبر الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجباً قال صاحب العناية في

بعد الموت قبل قضاء مكاتبه أو بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة وانما يعتق من وقت أداء البذل مقصودا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فاذا لم يستند بعقده كان عبداً عند موت أبيه فلهذا لا يرثه (قوله وان كان كبيراً جعلاً كشخص واحد) لا اتحاد عقداً الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحد فانها معتقة معاً ان أديا بردان معاً في الرق ان لم يؤدبا وقدمت العبد في آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة فيرثه لذلك (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة) أى معتقة وترك ديناً وفاء بمكاتبته قيد بالدين لانه لو ترك عينا لا يأتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء في الحال (قوله) وان اختص موالى الام) يعنى اختصه وبعده موت الولد في ارثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الام يكون قضاء بجزء المكاتب وموته عبداً لان ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبداً لانه لو مات حراً ليجر الولاء اليه من قوم الام (قوله لان هذا الاختلاف في الولاء مقصودا)

واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانقل الولاء الى موالى الاب وهذا أى بقاء الكتابة وانتقاضها فصل بجهته في كماله (قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهى قوله وان اختص موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأتى القضاء) أقول أى على مذهبا (قوله مات رفيقاً الى قوله مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه) أقول الصهير المستتر في مات رفيقاً والمستتر في مات حراً ارجاعنا الى الاب والضمير في قوله بولائه ارجع الى الولد قال المصنف (لان هذا الاختلاف في الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تلك الطائفتين قرار الولاء عليه فانخصاهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال يتصور والولاء لموالى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا يستقيم قوله وذلك

مرفقة بذمها يلاقيه من الغشاء وإذا كان القضاء بالولاء نافذاً انسخ الكتاب لا تنقضاء لازماً وهو احتمال جبر الولاء لما تقدم في المسئلة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشئ ينتفي بانتفاء (١١٨) جزئه قبل فسخ الكتاب مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان

وفي صيانتها بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة برعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فصلاً مجتهد فيه نفذ بالأجاء وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصياغة في نفاذها قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه الخ) إذا كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئاً وعجز فلما أن عجز بعد أدائه إلى الولي أو قبله فإن كان الأول فهو طيب للمولى بالأجاء لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضاً عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريدة رضي الله عنها فيما أهدت إليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولناهد بقره هذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشمي فإنه لا يطيب لهما لأن المباح له يتناول على مالك المبيع فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وإن كان الثاني

مولى الأم وإذا بقيت واتصل بها الادعاءات حوا وتقتل الولاء إلى مولى الأب وهذا فصل مجتهد فيه فبذمها يلاقيه من الغشاء ولهذا كان تجبراً قال (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) فإن العبد يملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق واليه وقعت الإشارة النبوية

حل هذا المثل لأن هذا القضاء يقر وحكم الكتابة وكل ما يقر رشيماً لا يعلاله أمانه يقر وحكم الكتابة فلا تنسخ الكتابة لتسلم الحاق الولد بمولى الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر ولأبائه إلى مواليه لأن الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الأم عند تعذر إبانته من الأب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما إذا كذب المكاتب الملاءن نفسه عاد النسب إليه فكذلك الولاء فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر بثبوت لزومه وأما أن كل ما يقرر رشيماً لا يعلاله فلا يعود على موضوعه بالنقض اه كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فإن قوله بثبوت اللازم يقرر بثبوت لزومه ممنوع ادلا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت المزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من المزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على مولى الأم يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس معطوق إيجاب العقل على مولى الأم بل إيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر ولأبائه إلى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة بقاء الكتابة إذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جبر الولاء كما صرح به في المسئلة الثانية ولكن بقي ههنا شيء وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنابة الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يحلوا التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في

احتراز عن المسئلة الأولى فإن القضاء بالارث على قوم الأم لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي يثبت على بقاء الكتابة في الأب وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارث على قوم الأم متافياً لبقاء الكتابة في الأب بل هذا يقرر حكم الكتابة لأن من قضيتها الحاق الولد بمولى الأم وإيجاب العقل عليهم لكن على احتمال أن يعتق الأب فينتقل الولاء وموجب الجنابة إلى قوم الأب فلا يكون القضاء بالارث على قوم الأم قضاء بفسخ الكتابة ولأن القضاء بالارث عليهم قد يكون بجهة أخرى غير الولاء كالكفالة ونحوها فلم يكن قضاء بموت الأب عبداً وفي المسئلة الثانية الاختلاف وقع في الولاء مقصوداً وذا يثبت على قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب لأن هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة فأنه لو لم تنسخ ونخرج من الدين وأدب الكتاب بترجيع عاقلة الأب بأبائهم على عاقلة الأم فينتقض القضاء بالميراث فنقلنا بأنفسنا صيانة القضاء عن النقص (قوله هذا فصل مجتهد فيه) فإن الاختلاف بين مولى الأب ومولى الأم في الحقيقة ترجع إلى قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء مولى الأم زعموا أنه مات عبداً وانقضت الكتابة بموته وصار ولأب الولد لنا لا يقول عنا وهو قول بعض الصباية ومولى الأب زعموا أن الكتابة لم تنسخ بموته عن وفاء فيؤدي الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء إليها وهو قول بعض الصباية فإذا قضى القاضي بالولاء لمولى الأم كان قضاء في فصل مجتهد فيه فنقد بالأجاء وصيانة قضاء متفق عليه أولى من انقضاء كتابة اختلفت الصياغة في بقاءها هذا إذا مات المكاتب عن وفاء أو ما إذا مات لاعتق وفاء قال بعضهم ينسخ حتى لو تقويع إنسان يسد الكتابة لا يقبل منه وقبل خلافه (قوله لتبدل الملك) فإن العبد يملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق) فإن قيل إن

يبنى (قوله لا تنقضاء لازماً) وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله للمعلل نفاهاً جعل احتمال جبر الولاء لازماً في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيهه غير خفي كالأخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر إلى قوله ما يجب رعايته

فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك للمولى اكسابه ملكا متدا
ولهذا اوجب نفق الاجارة في المكاتب اذا احرأتمه طرأتم عجز وكذا عند أبي يوسف (١٤٩) رحمه الله وان كان بالعجز ينقرو

ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا احرأ المكاتب أتمه طرأتم عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة

والا لما فارقه أصلا وانما الخبث في فعل الاتخذ لكونه اذلا لابه وذلك لا يجوز لغنى بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاتخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما مأخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا متدا بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبدل الملك وأوجب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك البذل للمكاتب فان للمكاتب أن يمنع المولى

في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح لغنى والهاشمي لان المباح له يتناول على ملك المبيع وتظهير المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز ينقرو ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاتخذ لكونه اذلا لابه ولا يجوز ذلك لغنى من غير حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاتخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما مأخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده

الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك البذل للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا بتبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لا نالنا سلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشي فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المتأخرين غاية الامر ان الثاني أقوى من الاول فلا يقيد قوله أول كلامه منع مجرد أو ما قوله والثاني دعوى بلا برهان فتعاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا من محض كما ترى فلا يلزم البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وتولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يدقبل العجز وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يدفله ملك وقبة (أقول) هذا أيضا كلام لغوا اذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي في تحقق التبدل بالنظر الى ملك البذل وهو كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا أن يقال هذا الذي ذكره في المسألة عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه اه نظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزيت وهي الإشارة الى وجه اعتبارهم بتبدل ملك البذل دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك البذل فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لبراد النظر على ذلك الجواب وذكر ههنا عنده نفسه وادعائه انه أولى من ذلك (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاتخذ الى قوله والاتخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير لغنى أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما

ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة كان للمولى مغلوبا في مقابلة ملك البذل للمكاتب حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى وكان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وهذا آية كمال ملك البذل للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى اذ المكاتب هو الذي يتصرف فيه تصرف الاملاك اذ المولى لم بالعجز ينقلب الامر وليس هو الا بتبدل الملك للمولى (قوله في حديث بريرة رضي الله عنها) فانما أهدت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخذت من الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام هي لها صدقة وانما هدية (قوله وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر) لان العجز عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى

عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى قال المصنف (ولا يجوز ذلك لغنى من غير حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير لغنى أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول لتعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف

وفيه نظر لانا ناسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا ناسلم ان مثله بمنزلة تبدل العيز ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يدقبل الجز وحصل به فكان تبدلا قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولا له) اذا جنى العبد فكاتبه مولا له ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للقاء ويوجب عليه قيمته أما الاول فلم يعلم بالجناية وأما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كالو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خيرا المولى بين الدفع والاداء والقاء لان هذا أى أحد هذين الامرين موجب جنائية العبد في الاصل والموجب الاصل لا يترك الا بما نفع فان الاصل عبارة عن حاله مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمنايع عنه حال الكتابة قائم أما عن الغداء فلما مر من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المنايع واذا زال المنايع عاد الحكم الاصل وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصل اذا جنى المكاتب ولم يقض به أى بموجب الجنائية حتى عجز لما بيننا من زوال المنايع وان قضى به أى بموجب الجنائية عليه أى على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو أى ما قضى به من موجبها دبر في ذمته يباع فيه واعلم أن المكاتب اذا جنى جنائية تخطأ فانه يسمى في الاقل من قيمته ومن أُرش الجنائية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه بموجب الجنائية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب (١٥٠) له والواجب هو الاقل من القيمة من أُرش الجنائية ألا ترى أن في جنائية المدير وأم

الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ما ومن أُرش الجنائية لانه أحق بكسبه مما هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصل وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المنايع فاذا زال لم يعد الحكم الاصل صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وجمهما الله وقد جوع اليه أبو يوسف رحمه الله أنرا وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الآن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المنايع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنائية فالجنائية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنائية المدير

قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولا له ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جنائية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للغداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل (وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بيننا من زوال المنايع (وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لا تتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد جوع أبو يوسف اليه وكان يقول أولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المنايع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنائية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنائية المدير وأم الولد

لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد من مال الاخذ من المتصدق فقد وجد من مال الفقير حيث تناولا ما كان في يده وماله فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ مررت في ايراث الخبث بين أخذ من واحد

ملك اكسابه ماله كما تبين أحق لو أجاز المكاتب أمته طرأ ثم عجز تبطل الاجارة عند محمد رحمه الله واليه ان ملك الأسير وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان للمولى في كسب المكاتب نوع ملك وبالعجز يتقرر ذلك ويتأكد الا أنه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في تأكد هالكونه اذ لا لامع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة لان بالصدقة تسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه كالألة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة فلها دخل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حزمة وشرف ليست لغيره والاخذ لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وفي يدفع من الصدقة أو وصل ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة أوعتق المكاتب وفي يده شيء من الصدقة يطيب لهم وفي الاوضع ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عند أبي يوسف رحمه الله لانه لم يتجدد الملك للمولى عنده (قوله وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) أى فانه يدفع أو يفدى (قوله وان قضى به عليه في كتابته) أى ان قضى بموجب الجنائية على المكاتب في حال كتابته فهو دين أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب

ولنا

وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير

الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أُرش الجنائية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون ناول كلامه اذا كانت القيمة أقل من أُرش الجنائية ولنا القول بالموجب وهو أناسلنا أن المنايع من الدفع قائم ولكن الكلام في أنه قابل للزوال وأولا لا شك

(قوله وفيه نظر لانا ناسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله حللا طيبا للمولى وهم يجعلونه حللا بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليتام (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولا له ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للقاء ويوجب عليه قيمته) أقول أى اذا كان قيمته أقل من أُرش الجنائية والا فالواجب عليه الاقل من قيمته ومن أُرش الجنائية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه القيد يرجع الى المولى (قوله وكذلك أى وكما مر من عود الحكم الاصل) أقول والاولى أن تجعل الاشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الاصل (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قالنا اننا ان الموجب الاصل أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم أن قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

في قبوله لا مكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قبل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب فرج رحمه الله أن جنابة المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا والقضاء فواجهه أخذ في الدليل قلنا ظاهره وفان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا مكان عود الموجب الاصل فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عودته بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الاستيلاء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب (١٥١) حقه وسبب حق المرحقة لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه

ولنا أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردد واحتمال عودته كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق فكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرحقة (وقيل له اذا مال الى وراثته المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب ان عقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا بالورثة يخلفونه في الاستبقاء (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوارث وان أعتقه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقههم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة وأخذ من آخر اوجدا لادلال بالاختلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكتسبه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما رشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والغني اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذ من الصدقة فان قلت لا شك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فيما العجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يبعد ذلك أخذ اولو سلم أن بعد ذلك أخذ فالأول لم فيما نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يده وبه والذي كان سببا للعجز انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يهتق عند ابا حنيفة الفقير للغي أو الهائم في موضع الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولما أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم

ولنا أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردد واحتمال عودته كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق فكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرحقة (وقيل له اذا مال الى وراثته المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب ان عقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا بالورثة يخلفونه في الاستبقاء (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوارث وان أعتقه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقههم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى الا أنه اذا أعتقه أحد الورثة وأخذ من آخر اوجدا لادلال بالاختلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان أكتسبه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما رشد اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والغني اذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذ من الصدقة فان قلت لا شك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فيما العجز انتقل ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يبعد ذلك أخذ اولو سلم أن بعد ذلك أخذ فالأول لم فيما نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يده وبه والذي كان سببا للعجز انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يهتق عند ابا حنيفة الفقير للغي أو الهائم في موضع الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولما أن المانع قابل للزوال لتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم

(قوله ولما أن المانع قابل للزوال لتردد) أي لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال أي من الرقبة الى القيمة فيتوقف على القضاء والرضا وحاصله ان جنابة المكاتب عندنا لا تصير مالا الا بقضاء أو رضا أو بالموت عن وفاة وعند فرج رحمه الله تصير مالا في الحال له ان المانع من الدفع قائم وقت الجنابة وهو الكتابة اوجب ان يصير موجه القيمة بنفس الوقوع كجنابة المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل في جنابات العبد وجوب الدفع الا أن يتعدوا التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك المانع هنا قابل الفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصل الى القضاء أو الرضا (قوله وسبب حق المرحقة) أي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه وسبب حق المرحقة فتكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر (قوله الا أن الورثة يخلفونه) أي بهذا القدر ولا يتغير الحق كما اذا كان له دين على الرجل ومات رب الدين فورثته يخلفونه بالاستبقاء ويرأ بالاداء الهسم حيث يرأ اذا أدى الى المورث (قوله ولا يصير ابراء عن نصيبه) لانه لم يوجد ابراء نصا وانما جعلنا اعتاق السكك ابراء عن البدل اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم فانهم لا يملكون اعتاق المكاتب الا في ضمن ابرائه عن كل بدل الكتابة ومن ضرورته ثبوت العتق

فكذلك دين الكتابة (فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذا المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقوه جميعا عتق) استحسانا فوجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجرى بان الارث فيه (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قبل فاجعل اعتاق أحد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لاننا جعلنا ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب ابراء بعض البدل أو أدائه لابي بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شيء واذا لم يكن اثبات المقضي لا يثبت المقضي فلا وجه لابرأه البعض وكذلك الى ابراء الكل الحق بقيمة الورثة واثابه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع

لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيح العتق والعق لا يثبت بابراء البعض أو أدائه في المكاتب
لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله أعلم
(كتاب الولاء)

الولاء نوعان ولواء عتاقة ويسمى ولواء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قرينه عليه بالورثة

يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر وجه الله أن جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير
توقف على الرضا والقضاء فوجه أخذ في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا مكان
عود الموجب الاصل اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال
كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع
ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف وألفن أين يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع
يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستند كما به - أدت أن قال ان المانع
قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي
مسكة وكان صاحب السكا في تنبيهه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصل
الا بالقضاء أو الرضا

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة
وهو وان كان من آثار الاعناق أيضا الآن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر الى هذا الموضع
فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لثلاثة أسباب الأولى على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو
القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولواء العتاقة ولواء الموالاة لان حكمهما هو والارث
يقرب ويحصل عند وجود شرط من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا أنه اختص في
الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر - واه كان بالاعتناق أو بعد الموالاة ولهذا
قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما ولا
فلا أن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل
فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولواء العتاقة وولاء الموالاة لصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم
معنى ما عدا اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ما نينا فلأن ما ذكر في المبسوط من أن
المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لان أنفسهما اذ لا يخفى على الفطن أن
المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم
الاستشهاد على كون ولواء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل
واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب

بخلاف ما اعتقه أحد الورثة فانا لو جعلناه ابراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك
ثبوت العتق لاني كله ولا في جزئه فالخاصل ان المقضي ما لم يكن مذكورا يقدر مذكورا التصحيح اذ كور
شرعا كاعتناق جميع الورثة للمكاتب أمكن تصحيحه بثبوت ابراء عن جميع بدل الكتابة اذ هو حقهم وقد
جرى فيه الارث وان كانوا اعل ككون رقبة المكاتب اربا بطريق اقتضاء فثبتنا المقضي لتصحيح المقضي فاما
لبراءة عن بعض بدل الكتابة لا تكون مصححا للعتق اذ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا تثبت البراءة
عن بدل الكتابة باعتناق بعض الورثة لا تنصيصا ولا اقتضاء

(كتاب الولاء)

هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهم ولواء أي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجملة كلمة النسب
أي وصلة كوصلة النسب (قوله الولاء نوعان) أي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع وهو الذي يقع

(كتاب الولاء)

أورد كتاب الولاء عقب
المكاتب لانه من آثار زوال
ملك الرقبة وقد ساق موجب
ترتيب الابواب على النهج
المتقدم الى هذا الموضع
فوجب تأخير كتاب الولاء
عن كتاب المكاتب لتسلا
يتقدم الاثر على المؤثر والولاء
في اللغة عبارة عن النصرة
والمحبة وهو مشتق من الولي
وهو القرب وحصول
الثاني بعد الاول من غير
فصل وفي عرف الفقهاء
عبارة عن تناصر بوجب
الارث والعقل قال (الولاء
نوعان) ينوع الولاء
 باختلاف السبب الى نوعين
 فالاول (ولاء عتاقة ويسمى
ولاء نعمة) اقتضاء بقوله
 تعالى واذ تقول للذي أنعم
 الله عليه وأنعمت عليه عني
 بالاعتناق وهو زبد (وسببه
 العتق على ملكه في الصحيح)

(كتاب الولاء)

كان الولاءه وولاءه موالاته وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاته والحكم يضاف الى سببه والمعنى
فيهما التناصر وكانت العرب تنناصر بأشياء وقررت النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان
مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالخليف مولى الموالاته لانهم كانوا يؤكدون الموالاته بالخلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه (أقول)
فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصره والمحبة بل يكون عبارة عن
القرب لان الاشتقاق أن يجدين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معنى
القرب وبين الولاء بمعنى النصره والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء
بمعنى القرب وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي معنى القرب ويقال بينهما ولاء أي قرابة ومنه
قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كلمة النسب أي وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذي يكون عبارة
عن النصره والمحبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصره وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان
كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والوابة بالفتح النصره والمحبة الا أنه اختص في
الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاته اه وقال في التبيين هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو
الموالاته ثم قال أو من الموالاته وهي مغالاة من الولاية بالفتح وهو النصره والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء
العتاقة وولاء الموالاته اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصره والمحبة وهو
مشتق من الولي وهو القرب خاطئ بين المعنيين واختلل بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح
حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثه كان الولاء له) انما قيد بقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم
يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكن ضعف فان من ورث
قريبه فعتق عليه كان ولاؤه ولا عتاق هذا فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا ترى أنه يقال ولاء
العتاق ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد
ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتق ابدون العكس هذا زيادة ما في جلة الشرر وح ههنا
وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا يصنعه وهو الاعتاق أو ما يجري مجرى الاعتاق
شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه طوعا أو عن
واجب عليه كالاتاق عن كفارة القتل والظهار والافتطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو
بدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضى الى وقت وسواء كان مريحا أو
يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا فقط البدائع (أقول) كون الحدوث المذكور
أصلا في حق الصور والمزبور كلها محل نظر فان في صورته ان كان العتق حاصلًا بغير صنعه كما إذا ورث قريبه
لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولما تامل في الدفع (قوله
والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه
(أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به
الشارح المزبور وغيره وهذا الخصوص يتميز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو
كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصص بمأهو المعتبر
في مفهومهما الشرعي على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما اللغوي كما كان أو شرعا قال ومعناها التناصر
دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله
المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وما عن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما
به التناصر فوعان ولا عتاقه ويسمى ولاء نعمة قال الله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه

وقوله في الصحيح احتراز عن
قول أكثر أصحابنا ان سببه
الاعتاق استدلالا بقوله صلى
الله عليه وسلم الولاء لمن
أعتق وانما كان ذلك صحبا
لأنه لو عتق على الرجل قريبه
بالوراثه كان الولاء له ولا
اعتاق بفعل العتق سببا أولى
لعمومه والثاني ولاءه
وسببه العقد على ما سئل كره
(قوله وله هذا يقال ولاء
العتاق وولاء الموالاته) بيان
لسبب النوعين فان كلا
منهما يضاف الى شيء
والإضافة تدل على السببية
كما عرف في الاصول وقوله
(والمعنى فيهما التناصر) بيان
مفهومهما الشرعي (قوله
وكانت العرب تنناصر
بشياء) بيان وجوه التناصر
فيهما فان العرب كانت
تنناصر بمسماو بالخلف
والمناطة (و) قد روي النبي
صلى الله عليه وسلم تناصرهم
بالولاء بنوعيه فقال ان
مولى القوم منهم وحليفهم
(قوله استدلالا بقوله عليه
الصلاة والسلام الخ) أقول
ويجوز جواب استدلالهم
بعد سطور (قوله بفعل
العتق سببا أولى لعمومه)
أقول الا صوب بتدليل الاولى
بالصواب (قوله بيان لسبب
النوعين) أقول أي لسببية
سببهما

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرتبه ويصير الولاء كالولاد

التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق قال صاحب الغناية وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المجل بهذا الوجه ليس بسديد إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور وانما يفيد الثاني دون الأول فلا يتم التقريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلاحي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب الغناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتناف فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاث وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاث أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما في ما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيادات يصلح علة لا يصلح له مصادر الثلاث ألا يرى أن الاعتناف مثلاً يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرتبه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب الغناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أي بسبب الاعتناف دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقرر بر المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم حيث يغرم بغرمه علة والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلق بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسبي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك والاعتناق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان أحياء معنى ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره لدليل خالف لانه اعتبر النضر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله غيب يغتم بنصره يفرم علة والظاهر أن الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتناق ذلك اياه فهو الغانم وأيضاً قد استدلل على أن من ينتصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس يصح لانه ان رجوع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعهم وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور وانما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو انظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب أيضاً باب النفقة من كتاب اطلاق

أي أنعم الله بالاسلام فانه تمت عليه بالعتق وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء اعتناق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورتق ربه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتناق ههنا ولا اصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولان العتاق ولا يقال ولان الاعتناق كذا في المبسوط (قوله وقد أحياه معنى) لان الرق أثر الكفر والكفر موت حكيمى ألا يرى الى قوله تعالى أو من كان ميتاً فأحييناه أى كافر أقمه دينه فكان في معنى الولاد من حيث ان سبب حياة الولد انما هو الولد فيرتبه كقولهم فان قيل ينبغي ان يرث العتق من المولى

منهم والمراد بالخليف مولى المولى فلا يتم كانوا يورثون المولى بالخلف قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) اذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتناف فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاث وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أي بسبب الاعتناف دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقرر بر المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم حيث يغرم بغرمه علة والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من

قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق أقول وانت خبير بان المراد من قوله اذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول فيه تأمل

الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاتفاق ثبتت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولد والولد يوجب (١٥٥) الارث فكذلك الولاء ولأنه ثبت

أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقلوه (ولان الغنم بالغرم) بخدم الوجهين فلهذا آخره (قلوه وكذا المرأة تعتق) يعني ان ولا معتقها لها المارو ينامن قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق وقوله (ومان معتق لابنة جزه رضي الله عنهما) معطوف على قوله لمارو ينا

معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (وروى أن بنت جزه رضي الله عنهما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصيبين ويستوى في ثبوت الولاء الاعتناق بمال وبغيره) والعنق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استدلال بعد الموت وسواء كان العنق حاصل ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة العيدين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرطه سائبة) أي يكون حرولا ولا يدينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعنتق لان الشرط يخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهرا لاحتياج الشرح وذكر مسئلة حر الولاء وبين مواضع الجرح عن غيره والاصل في ذلك ان العنق اذا وقع

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لمارو يناومان معتق لابنة جزه رضي الله عنهما عن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصيبين ويستوى فيه الاعتناق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرطه أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعنتق) لان الشرط يخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق ولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما بائتم من السبب وهو الكتابة وقد قرناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى به عتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مدبره وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (ولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (ولاؤه له) لوجود السبب وهو العنق عليه (واذا تزوج عبدا رجلا أمته لا خرفا عتق مولى الامته وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصود اذ هو جزء منها يقبل الاعتناق مقصودا

وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغنم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سبيبا للغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالغنم ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتناقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالغنم بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجهه ضم المعتاق الى الجاني في الديت دون غيرهم هو أن الجاني انما نصر القوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فصاروا بالضم اليه (قلوه ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم بخدم الوجهين فلهذا آخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظوفه أما أولا فلما بينا عليه في صراحة أن ما من أن الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمسذور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلانه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أنالوجي لما قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين معا آل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياء معنى بازالة الرق فكانه قال لانه أحياء معنى بازالة الرق غنمه فيرثه ولان الغنم بالغرم بحيث يغرم عتقه يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي ومان معتق لابنة جزه رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله لمارو ينامن كمن يصرح به الشارح المازبور وغيره هناك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قلوه واذا تزوج عبدا رجلا أمته لا خرفا عتق مولى الامته وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه

أيضا الدالم يترك المولى عنه نسبية كمن هو قول الحسن بن زياد رحمه الله قلنا المعتق أجني عنه وقد جاء في المعتق أص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره (قلوه وان شرطه سائبة) عبد سائبة أي لا ولاء بينه وبين معتقه من ساب أي جرى وذهب كل مذهبه أي اعتقر رجل عبده وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل (قلوه) واذا أدى المكاتب عتق ولاؤه للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يورث وكذلك المدبر لا يورث فيعتق على ملكه أيضا (قلوه لانه عتق على معتق الام مقصودا) وانما قلنا أنه صار

مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعالامه ثم أعتق الاب بحرولاء ابنه الى مولى على هذا اذا عتق الرجل أمة ولدها عتقا ولاؤه ماله فان أعتق الاب بعد ذلك لا يحر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا كالمالك الام والعنق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

وإذا أعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لاقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالى الأب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهر اوقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا ولدت أحد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قبل الحبل اذا ولدت رجلا والى وج (١٥٦) والى غيره كان ولدا للمولى الاب ف الفرق أحيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء

فلا ينتقل ولا وعد عنه بمعاملة وينا (وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الجل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهما توأمين يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا ولدت رجلا وهي حبل والزوج والى غيره حيث يكون ولدا للمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحمل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولدت له والى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعاً للام لا اتصالاً بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيام وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الأب رجلاً وابنه وانتقل عن موالى الام إلى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعاً للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كل حمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلاً أعاد الولاء اليه كولد الملاعة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث

عنه بمعاملة وينا وقال الشراح انما صار الجل معتقاً مقصوداً لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فاذا صار معتقاً مقصوداً اه (أقول) يرى المذاق بين ما ذكرناه ههنا وبين مذكره المصنف في كتاب العتاق فانه قال هناك وان أعتق حاملاً عتق جملتها تبعاً لها ادهو متصل بها اه والظاهر منه أن يصير الجل معتقاً تبعاً للبنة لا مقصوداً فليتأمل في التوفيق (قوله فان أعتق الأب رجلاً وابنه وانتقل عن موالى الام إلى موالى الاب) قال في الكافي فان قبل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل التسخير بعد ثبوته فكذلك الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته فلنا لا يفسخ ولكن حدث ولداً أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه وذكري في غاية البيان أيضاً هذا السؤال والجواب نقلنا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولداً أولى منه في الارث لم يمتدح موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن موالىها الى موالىه كما هو الحال في العصبة الا ان في عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

معتقاً مقصوداً لان الجنين هو جزء الام والمولى أوقع العتق على جميع أجزائه مقصوداً فيكون معتقاً للجنين الذي هو جزءها مقصوداً أيضاً كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله (قوله أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) أي بيوم مثلاً ولا تخبر بها (قوله لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصوداً) بخلاف ولادة العتاقة فان الجنين يصير مقصوداً بالاعتاق لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصوداً لانه ان يجعل تابعاً لغيره في الولاء عليه (قوله لان تمامه بالايجاب والقبول) وهو ليس بحمل له فكأن تابعاً في الولاء فيحصل تابعاً للاب لان الاب هو الاصل في الولاء لكونه بمنزلة النسب (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين) وفي بعض النسخ لاكثر من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من سنتين

مقصوداً لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحمل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولدت له والى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعاً للام لا اتصالاً بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان عتق الأب رجلاً وابنه وانتقل عن موالى الام إلى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعاً للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كل حمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الام كانت ضرورة لعدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلاً أعاد الولاء اليه كولد الملاعة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه وفوقض قوله فاذا صار أهلاً أعاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فان عتقها وهاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل

يكون

عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أي ظاهرة الجل كما يشير اليه قوله فان كان الجل ظاهر اوقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعديل من عدم المطابقة للمعلل فالظاهر أن يقول فولد لمولى الام تبعاً حتى تحصل المطابقة (قوله ونوقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقص على قوله اذا لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق يعتق الجل تبعاً ويبرر الاب ولداً فانه اذا جاءته لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فاجاب بنقض عدم التيقن فتأمل

يكون الولد مولى لموالى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمته الوطء
وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراحعا بالشك فاسند الى حلة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق
فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعد قولت أو ولد فجئى الاولاد فعتقهم على موالى الام)
لانهم عتقوا تبعالا لهم ولا عاقلة لا بهم ولا موالى فالحق وانما هو الى الام ضرورة كفى ولد الملاءنة على ما ذكرنا
(فان أعتق الاب جردا ولا الولد الى نفسه) لما بيننا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عتقوا) لانهم حين عتقوا
كان الولاء ثابتا لهم وانما ثبتت للاب مقصودا لان النسب مقصود وهو لعق بخلاف ولد الملاءنة اذا عتق عنه
قوم الام ثم أ كذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك ثبت مستندا الى وقت العلوق
وكأنوا يجوبون على ذلك فيرجعون

قول المصنف هذا الخ يعاق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعنى اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر
ثم أعتق الاب يجرد ولا ابنته من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق
حيث لا يجرد ولا ابنته الى موالى نفسه وان كانت لولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولده
الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لا تحتالته من الميت والى ما بعد الطلاق أما
اذا كان بائنا فحرمته الوطء بعده وأما اذا كان رجعا فلما لا يصير مراحعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان
الحل موجودا عند اعتناق الام نعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضا هذا المعنى ولكن
بطريق النقص والجواب حيث قال ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت
بان كانت الامة امرأة مكاتب فات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت
الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى الى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه يعود
الا هيتولم يثبت بهم هذا العلق للاب الاهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق
البائن لحرمته الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراحعا بالشك لان ما اذا جاءت به لاقل من سنتين
احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج
الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند
الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على
أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار أهلا عاد
الولاء اليه لكنه لم يبحر فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أولا الى موالى الام ثم انتقل الى موالى الاب
بصيرورته أهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق
الام في صورة ان عتقت المعتدة عن موت أو طلاق لاجل احدث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود
أصلا فلا يتوهم ان النقص رأسا على قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا
أعتقت المعتدة عن موت وبالجمله لا مساس لتلك الصورة أصلا بمسئله انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة
الثانية وهى ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير غلظة

بدليل قوله وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراحعا وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة عن طلاق رجعي
اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقننا بالعلوق بعد الطلاق فان جاءت بولد لاقل من سنتين
لا يكون رجعة بالشك لانه لو حل على وطئ في العدة يصير مراحعا ولو حل على ما قبل الطلاق لا يصير مراحعا
والمرجعة لم تكن فلا يثبت بالشك (قوله وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت) صورته
في فصل الموت ان كان مكاتب مات عن وفاء أو ولد مولودا في الكتابة وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت
بالولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوى لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل
المذكور فيها فالظاهر أنه وقع من المكاتب (قوله وكأنوا يجوبون على ذلك) أى قوم الام كأنوا يجوبون

أهلية لتعذر اضافة العلوق
الى ما بعد الموت وهو ظاهر
والى ما بعد الطلاق البائن
لحرمته الوطء وكذلك بعد
الطلاق الرجعي لما أنه
يصير مراحعا بالشك
لانها اذا جاءت به لاقل
من سنتين احتمل أن يكون
موجودا عند الطلاق فلا
حاجة الى اثبات الرجعة
لثبوت النسب واحتمل أن
لا يكون فيحتاج الى اثباتها
ليثبت النسب واذا تعذر
اضافته الى ما بعد ذلك اسند
الى حالة النكاح فكان الولد
موجودا عند الاعتناق فعتق
مقصودا ومن عتق مقصودا
لا ينتقل ولاؤه كما تقدم
ويبين من هذا أنهم اذا
جاءت به لاقل من ستة أشهر
كل الحكم كذلك بطريق
الاولى المتيقن بوجود الولد
عند الموت والطلاق وأما
اذا جاءت به لاكثر من سنتين
فالحكم فيه يختلف بالطلاق
البائن والرجعي ففي البائن
مثل ما كان وأما في الرجعي
فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا
بمراحعته وكذا لفظ الجامع
الصغير لاشتماله على بيان
العقل وبين الفرق بينه وبين
ولد الملاءنة وكلامه فيه
واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد بمعتقة العرب فولادها ولادها واليهاءندأى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وأموالهم لهم للذرى (١٥٨) أرحامه حتى لو ترك هذا الولدعة أو خالة لم يكن لهم ما شئ في وجود معتق الام وعصبته

وعند أبي يوسف رحمه الله
حكمه حكم أبيه فلا يكون
عليه ولاء عتاقه وانما يورث
ماله بين ذوى أرحامه كما إذا
كان الأب عريبا والام معتقة
فانه لا يكون ولا ذى له لأمه
لان النسب الى الآباء فان
قبل لما كان النسب الى
الآباء وجب أن يستوى
الأب الحر والعبد وليس
كذلك أجاب بان العبد هالك
معنى لانه لا يملك شأ ولا
أثر الكفر والكفر موت
حكمى قال الله تعالى أو
من كان ميتا فحينئذ فصار
حاله هذا الولد في الحكم حال
من لأب له فينسب الى
مولى الام وهذا المعنى
معدوم اذا كان الأب حرا
لان الحرية حياة باعتبار
صفة المالكية والعرب
والعجم فيه سواء ووجه قولهما
ما ذكره في الكتاب ومعنى
قوله حتى اعتبرت الكفاءة
فيه ان الناس يتفاضلون
بالعنفة ويعتبرونها في
الكفاءة فنله أب واحد في
الحرية لا يكون كقول المولى
أبو ان فيها والنسب ليس
كذلك فان العجم قبل
الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان
تفاضلهم بعمارة الدنيا
حتى يعلموا من له أب واحد
في الامارة كقول المولى أبو ان
في ذلك

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاد فاولادها ولادها واليهاءندأى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وأموالهم لهم للذرى (١٥٨) أرحامه حتى لو ترك هذا الولدعة أو خالة لم يكن لهم ما شئ في وجود معتق الام وعصبته
كان النسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم وله ذالم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

النفق بم على مسئلة حر الولد فيحسن تدارك دفعه فان ذلت قد تدارك صاحب العنايت بط الصورة الاولى أيضا
بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الام تامة مكاتب فبات عن وفاء فادى الى تاخر عتق الاب عن
عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضا الذم في كمال المكاتب أن في المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن
أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب
على عتق الام في صورته أيضا وانما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حياته بقدر ما فى
حق الاداء كما ينزل الميت حتى يحق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن اللزم فيما صورته أيضا اعتبار عتقه بعد
موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم إلا أن يفرض تحقق
الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما عتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب
البعض فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبد لانه هالك معنى) لانه لا يملك شأ ولا أثر الكفر
والكفر موت حكمى قال الله تعالى أو من كان ميتا فحينئذ أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لأب له
فينسب الى مولى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالك
معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمى يراد به أن مجرد
موت الاب لا يمنع ثبوت الولد له بل انما يظهر أثر الولد لهم بعد موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان
المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولد في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد
كأنه لأب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينسب اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار
كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد لكونه في حكم مجهول النسب على الغرض المزبور
والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض أن الميراث كالسكفر والقائل
والرقيق لا يوجب من هو أبعد منه عند امتناع جعاب يرث الاب بعد عند حرمان الاقرب فالولى ههنا أن يقال
بخلاف ما إذا كان الأب عبد لانه لا أهلية له لرقه كمن في الم تحصل الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولد له
ولا لماله سواء كان حيا أو ميتا نذر (قوله وله ما ان ولاء العتاقه قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت
الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب

على اداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك فلذلك رجعون (قوله ومن تزوج من العجم بمعتقة من
العرب) العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصحا كذا في المغرب وصوره المسئلة ان الحر
العجمي الذى ليس بمعتق لا حد سواء كان له ولامه والا لا حد أولم يكن كذا في الزاد شرح الانطع وفي الغوائد
الظهير بهذه المسئلة على وجوه ان زوجت نفسها من حر في ولاء الاولاد لقوم الاب في قولهم لان الشرف
بانساب العرب أقوى وان زوجت نفسها من أعجمي له آباء في الاسلام فولاد الاولاد لقوم الاب عند أبي يوسف
رحمهما الله بل لا ريب وعلى قولهم الخلف المشايخ حتى عن أبي بكر الاعشى وأبي بكر الصغار رحمهما الله أنه لقوم
الاب وقال غيرهما لقوم الام وان زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب وولى أحد أئمة أولم يواله في
مسئلة الكتاب وان زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولد له مولى الام بجماعه اذا عتق العبد فيصير
الولد (قوله ولاء العتاقه قوى معتبر) وفي المبسوط ولاء العتاقه معتبر في حل الاحكام من حيث الكفاءة

والقوى

(قوله للذرى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله
حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول ليه بصح

قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمد ارحمه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدور في معتقة العرب اتقايا وذو كلفنا الجامع الصغير لبيان أن محمد ارحمه الله ذكر المعتقة مطلقا ولا يشمله على ولاء الوالة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالملود بين واحد من الموالى) يعنى العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانما تنسب الى قوم أبيهم فكذلك اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة وقوله (وان كان الابوان) أى الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعنى ان كانت الام معتقة والاب والى رجلان فيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ق) قد (١٥٩) أجعوا أن (النسب الى قوم الاب

لاستوائهم حاولت جميع
لجانبه لشبهه بالنسب) قال
صلى الله عليه وسلم الولاء لغة
كاحمة النسب وفي حقيقة
النسب يضاف المولد الى الاب
في الشرف والثناء فكذلك
في الولاء ولان النصرة به
أى بالاب أكثر قال (ولاء
العنقة تعصيب) اشتعيب
هو جعل الانسان عصبة
ومنه قولهم الذكر يعصب
الانثى (وهو) أى مولى
العنقة (أحق بالميراث من
العمة وانما لقوله صلى
الله عليه وسلم للذي اشترى
عبيدا فاعقه هو أخوك
ومولانا ان شكرك فهو
خبرك وشرك وان كفرك
فهو خيرك وشرك ولومان
ولم يترك وارنا كنت أنت
عصبتك) قوله هو أخوك
يعنى في الدين وقوله ان
شكرك يعنى ان شكرك
بالمجازة على صنعك فهو
خير لك لانه انتدب الى ما ندب
اليه وشرك لانه أوامرك اليك
بعض الثواب في الدنيا
فتنقص بقدره من ثواب
الآخرة وان كفرك فهو
خير لك لانه يبتلى ثواب

والقوى لا يعارضه الضعيف بماذا كان الاب عرييا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تنصرهم بم افاغت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتقايا (وفي الجامع الصغير على كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبلى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد واليه موالى أمهم وقال أبو يوسف واليه موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالملود بين واحد من الموالى وبين العربي ولهم ما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ ولاء العنقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهم حاسنوا وبالترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (ولاء العنقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولانا ان شكرك فهو خيرك وشرك وان كفرك فهو خيرك وشرك ولومان ولم يترك وارنا كنت أنت عصبتك وورث ابنة حمزة رضى الله عنه ما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبان وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يترك وارنا قالوا المراد منه

والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول لقائل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الام في هذه ومن حيث أنه يقدم على ذوى الارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع وفي الموالاة انعكس هذه الاحكام وهذا الفقه وهو ان الحرة وان نسب في حق العجم ضعيف بدليل ان حريتهم تحتل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب وكذا العجم ضيعوا أنسابهم ألا ترى ان تفاخروهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالاسلام فاذا ثبت الضعف في جانب الاب كان هو والعبد سواء (قوله نبلى كافر تزوج بمعتقة) نبلى جيل من العراقي كذا في المغرب والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية لتصور هذه المسئلة اذ المسئلة لا تكون تحت الكفار بعقد النكاح وغير الكذابة من الكفار لا يجوز ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج كذا ذكر الجباري رحمه الله في فوائده (قوله فصار كالملود بين واحد من الموالى وبين العربي لم يترك وارنا كنت أنت عصبتك) ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومه بالولاء والنسبة بالولاء قرابة معتبرة شرعا واذا كانت عربية فالولد ينسب الى قومه انما ينسب بالنسب والانتساب بالنسب الى الام ضعيف جدا فكذلك بواسطة الام الى أبيها حتى تسحق العصوبة بمثل هذا النسب كذا في المبسوط (قوله هو أخوك) أى في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم (قوله فان شكرك) أى بالمجازة على ما صنعت اليه فهو خير لك لانك انتدأت الى ما ندبت اليه في الشرع قال عليه السلام من أبدلت له نعمة فليس شكرها (قوله وشرك) لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة (قوله وان كفرك فهو خيرك) لانه يبقى ثوابك كله لك في الآخرة وشرك لان كفران النعمة مذكور قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله (قوله تقدم على ذوى الارحام) لان النبي صلى الله عليه وسلم قدم على الرديح

العجل كله في الآخرة وشرك لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبتك يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حديث لم يقل كنت وارثه (ورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنه ما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يخدمها ببقته الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضى الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبان على ما قالوا ان المراد بقوله لم يترك عصبة وارث عصبة استدلالا بإشارة (قوله وانما قال ذلك) أقول يعنى وانما قال المصنف ذلك (قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول وانما اظهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل

الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبتهم بالحديث الثاني أي بحديث بنت حمزة فتأخرون عن العصبة دون ذوي الارحام (وان لم يكن له) أي للمعتق (عصبة من النسب فيرأه للمعتق تاويله) أي تاويل قول القدوري (اذ لم يكن هناك صاحب فرض ذوال أم اذا كان فيه الباقي بعد فرضه) وذكروا هذا الجمله تاويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذوال أم أي حال الفرض كالأب والجد فان لم يحالوا سوى حال الفرض وهو لعصبة أما اذا كان فيه أي فليل هذا الوارث الباقي بالعصبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذوال أم واحد كالبنت أما اذا كان مثل ذلك للمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لانه على قوله أنه الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على ما روينا) وهو إشارة الى قوله ولومات ولم يترك وارثا (١٦٠) كنت أنت عصبتهم وهو واضح وقوله (وهذا) إشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان

عصبة (لان العصبة من كون انتاصر به لبيت النسبة) أي القبيلة وتقريره لعصبة من يكون انتصار لقبيلة به وبالمولي يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناسرهم بالولاء بنوعيه بقوله (والعصبة تأخذ بأبي) تمام الدليل وتقريره به الباقي لانه عصبة والعصبة

وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخرون عن العصبة دون ذوي الارحام قال (فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فيرأه للمعتق) تاويله اذ لم يكن هناك صاحب فرض ذوال أم اذا كان فيه الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون انتصار به لبيت النسبة وبالمولي الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ بأبي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرأه ابني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتقن من أوكاتبين أو كاتبتين) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو حر أو مملوك ولا معتقهن وصورة الجرح قد منها ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهة تها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاهما بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفرائش وصاحب الفرائش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكية وليس حكم ميرات المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبة الاقرب فالأقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصره الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن

تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرأه ابني المولى دون بناته) لما ذكره بالسكاب وقوله (قد منهاها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لا أكثر من ستة أشهر بأن قال جراحا ولا انه قد ذكر جراحه في معتق لمعتق في النهاية ناقلا عن لخيرة فليطلب غمة (قوله) لان ثبوت المالكية (الح) ليل معقول على ثبوت الولاء

ورث ابنة حمزة وما رد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوي الارحام (قوله بدليل الحديث الثاني) وهو قوريث ابنة حمزة على سبيل العصبية مع قيام بنت المعتق (قوله تاويله يعني) تاويل قوله فيرأه للمعتق ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب ولا صاحب فرض ذي حال أي له حال فرض لا غير أم اذا كان صاحب فرض له حال تعصبا أيضا لقول المعتق ولو كان صاحب فرض فيه الباقي بعد فرضه لانه عصبة (قوله لبيت النسبة) أي لقبيلة هو منسوب اليها (قوله وصورة الجرح قد منهاها) وهي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لا أكثر من ستة أشهر الى أن قال حر الابن ولادته وصورة جرح ولا معتقهن تزوج عبيد امرأه باذنهم بمعتقة قوم فولدت منه أولاد فاولاد تولد لكونه والى الام فاولاد المرأة أعتقت هذا العبد حر العبد ولادته الى نفسه وحرته هي ذلك الى نفسها وصورة جرح ولا معتق الماعتق امرأه فاشترى عتقته ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولادته اولاد ولادته والى الام فاولاد الماعتق أعتق هذا العبد حر هذا العبد ولادته ولده ثم حر الماعتق الاول ذلك الى نفسه ثم حر المرأة ذلك الى نفسها (قوله) بخلاف النسب) أي لا ينسب الولد الى الام يعني ان ولادته العتاقة ثبتت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفرائش وصاحب الفرائش هو الرجل لا المرأة لانها لو كنة فلا يعارض المالك في استحقاق النسب أما الرجل والمرأة في نسبة العتق على السواء (قوله لان الولاء لا يورث) أي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحقاق المال نفسه بالارث لسكان للذ كرمثل حظ الاثنين كما في سائر

كل من ثبت من جهة شيء يذهب اليه لانه عليه اذ ذلك ثبتت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاهما به ن معتق الماعتق ينسب اليه معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفرائش لفرائش انما هو الزوج لانه المالك والمرأة مملوكة توارس حكم ميرات المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبة الاقرب فالأقرب لان الولاء يورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصره فيخلفه فيه من تكون به النصره والنصره بالذ كور دون الاناث وله وكل من يثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه عليه (أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله اليه وفي قوله لانه راجع الى من والضمير في قوله عليه راجع الى قوله

حتى لو ترك المولى أبوا بنات فالولاء للابن عند أبي حنيفة وشهدوا بماله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فبرأته
 الابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف وأولاهم رجوع فقال لابنها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها كالبنة لان الولاء يستحق
 بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولذا لم يصرح وما عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقةها ولها ما أن
 أقرب العصبان يقوم مقام المعتق بعده وتوفي ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون
 العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أباً أبيه وأخاه لاب وأماً وأولاد كان ميراثه للجد عند (١٦١) أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث

الاخوة والاخوات فالجد
 عنده أقرب في العصوبة
 ولأن امرأة أعتقت عبدا
 ثم ماتت وترك ابناً وأخاه
 ثم مات العبد ولورث له
 غيرهما فابن ميراث لابن
 أخها لما ذكرنا أن الابن
 أقرب في العصوبة لان
 عقل جنانية المعتق على
 أخيه لانه من قوم أبيها
 وجنانيته بجنانيته وأخوها
 على قوم أبيها فكذلك
 جنانية معتقها وإبليس
 من قوم أبيها ولو ترك المولى
 ابناً وابن ابن آخر فميراث
 المعتق للابن دون ابن الابن
 لان الولاء للكبير هو المروى
 عن عدة من الصحابة
 عمر وعلي وابن مسعود
 وغيرهم رضي الله عنهم
 ومعنى الكبير القرب في
 العصوبة لافي السن على
 ما قالوا ألا ترى أن المعتق
 إذا مات وترك ابنين صغيراً
 وكبيراً ثم مات المعتق فالولاء
 بينهما نصفين لاستوائهما
 في القرب الى الميت من
 حيث النسب والصلبي
 أقرب فيستحق الجميع
 * (فصل في ولادة الموالاة) *

به حتى لو ترك المولى أبوا بنات فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه أقربهم معا عصوبة وكذلك الولاء للجد دون
 الاخ عند أبي حنيفة لانه أقرب في العصوبة عنده وكذلك الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيهما لما ذكرنا لأن
 عقل جنانية المعتق على أخيه لانه من قوم أبيها وجنانيته بجنانيته (ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر) معناه
 بني ابن آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله
 عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب
 * (فصل في ولادة الموالاة) *

يعارض ولادة العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة
 العصوبة أو جهة الفرض مولى العتاقة لقوة ولادة العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث
 ليست كذلك إذ قد تقر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضاً أن مولى العتاقة مطلقاً
 مؤخر في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبان النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليستأمل في
 التوجيه

* (فصل في ولادة الموالاة) * آخر ولادة الموالاة عن ولادة العتاقة لان ولادة العتاقة قوی لانه غير قابل للتحويل
 والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولادة الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبيل العقل ولانه لو جدي ولادة
 العتاقة الاحياء الحكيمة ولا يوجد في ولادة الموالاة احياء أصلاً ولان ولادة العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث
 وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولادة الموالاة فان الشعبي لم يقل بولادة الموالاة وقال لا ولادة الا ولادة العتاقة وبه
 أخذ الشافعي ومالك وأحمد من معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء
 على ما ذكر في الخبر وغيره هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى
 ان مت فبرأيتك وان جئت فقتل على يديك ولي عاقلتك وقيل الآخرون قال في العتاقة والنهاية وله ثلاث

الوارث وان كان يجري فيه الخلاف فوالادة انما تحقق لمن يحقق به النصرة والنصرة انما تكون بالابن دون
 الابنة ألا ترى ان النساء لا يثنان في العتاقة عند تحمل الارث لعدم النصرة منهن وعن شريح رحمه الله أنه
 يورث كل مال المورث بطريق الفرض والتعصيب وبه قال الشافعي رحمه الله وفائدة تظهير ميراث
 المعتق بالولاء ولانه لا ذكر أثر من آثار المالك فكانه يزول بالمعتق بعض الملك ويبقى بعضه ولكنه ضعيف لان
 النبي عليه السلام قال الولاء لجة كل جهة النسب ولان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق
 ونفي مملوكيته عنه فكيف يكون الولاء جزءاً من الملك كذا في المبسوط (قوله حتى يرثه دون أخيهما لما ذكرناه)
 أى أنه أقرب في العصوبة لأن جنانية المعتق على أخيه لان الميراث بالعصوبة والابن أقرب العصبان فاما
 عاقلة المعتق قبل مولاه وأخوها من قبيلتها لانه من قوم أبيها فاما ابنها ليس من قوم أبيها (قوله لان الولاء
 للكبير) أى لا كبير أولاد للمعتق والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً كذا في المغرب

* (فصل في ولادة الموالاة) * صورته ان يقول بجهول النسب للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على انى ان

(٢١ - تسكلمة الفتح والسكافيه) - ثامن) آخر ولادة الموالاة عن ولادة العتاقة لان ولادة العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى
 بخلاف ولادة الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً

نبي (قوله وصورته امرأة أعتقت عبداً) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبداً ثم مات (قوله والابن هو العصبان دون الاب) أقول فضلاً أن يكون
 أقرب العصبان (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولأن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلاً أعتق عبداً (قوله
 لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول * (فصل في ولادة الموالاة) *

وموارة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدى رجل ويقول له أو غيره واليتك على أنى أن مت فإثرى لك وإذا جئيت فعلى عيسىك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولادة عتاقه ولا ولادة مولاة مع (١٦٢) أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربا فإن قيل من شرط العقد عقل الأعلى

وحريته فإن مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادى فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى (قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن للابن أن يعقد المولاة أو يقول بمولاه إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لاوافقته (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فإن الشرط الأول يغنى عن هذا (قوله فإن قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فإن العقل والحرية أيضا يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور وأذن المولى والمولى (قوله فإن مولاة الصبي والعبد باطلة) أقول أما الصبي فلا أنه ليس من أهل النصرة وله ذلك لا بد من العقل

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل وولاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره وولاه فالولاء صحيح وعقله على مولاة فإن مات وولاه غيره فغيره المولى) وقال الشافعي رحمه الله المولاة ليس بشئ لأن فيه انبساط الحق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثالث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في المولاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر وولاه فقال هو أحق الناس به

شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولادة عتاقه ولا ولادة مولاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أول فالثان الشرطية الأولى تغنى عن الشرطية الثالثة إذ لا وجه في نسب العرب فيظهر باشرط كون المولى مجهول النسب بشرط أن لا يكون عربيا لأن يكون ذلك كثر الثالثة استغناء من قبيل التصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلا أنه إن أراد بصريح شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس يصح من شرائطه أيضا بشرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كذا كثر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وإنما يصح ولادة المولاة بشرط أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعدمها أن يشترط الارث والعقل وإن لم يرد صريح شرائط في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالفا عن القاعدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستر فهمما وجه لأن مدارهما على ارادة الحصر والالا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فإن قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فإن مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادى فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فإن كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور المولاة إذ لا شك أن عقد المولاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شئ من الصور إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز

مت فإثرى لك وإن جئيت فعلى عيسىك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه يمكنه أن يكون القابل لمولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى وله شرائط منها أن يكون من غير العرب لأن العربى له نصرة بنفسه أى قبيلته وذلك أكد من نصرة المولاة ومنها أن لا يكون معتقا ومنها أن يشترط الميراث والعقل ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره ومنه السلام على يده عند البعض والصحيح أن ذلك ليس بشرط (قوله فإثرى لك المولى) أى للمولى الأعلى وإذا مات الأسفل والأعلى ميت فإثره لا قرب الناس عصبية إلى الأعلى كافي ولادة العتاقه كذا في الذخيرة وقال الشافعي المولاة ليس بشئ أى ليس بشئ موجب للارث والعقل (قوله ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) يعنى نصيبهم من الميراث والمراد عقد المولاة بدليل ما سبق في أول كل جعلنا مولى مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق أو نال على سبيل القرابة والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفا عليه لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما ما يمين صاحبه إذا عاقده ويسمى العقد صفة لهذا واذكر في المبسوط البكرى أن الله تعالى جعل ولادة المولاة سببا للتوارث

وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة إلا باذن مولاة (قوله فإن مولاة الصبي الخ) أقول قال الحنفى كفى الكافي ومولاة الصبي باطلة وكذا إن ولد رجل عبدا الآن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يولى الصبي باذن الأب أو الوصى فيكون له للصبي اه (قوله أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

محباه ومما به وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والعرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عدة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقد لها فلا يلزم غيرهما وذا الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالانتماء وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العزب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن يتنقل عنه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم غير أنه الوصية وكذا اللاء على أن يتبرأ عن ولائه اعدم الزوم

موالاة العبد أصلا غير اذن مولاه وان اذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلامعنى لقوله وأما ما ذكرنا فأنما هو نادور فلزم كره ثم ان في تقرير السؤال أيضا خلافا فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لان عقل الأسفل أيضا شرط العقد ألا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فهنا عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الأعلى في قوله وحرية مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر اشتراط من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه وبصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان مولاة الصبي في قوله فان مولاة الصبي والعبد باطله أدق في اشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان مولائه لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما ينبغي (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدروري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعتراض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه انه لا يتحول بولائه الى غير ماله يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كافي بان يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما كمالها بعد صحة ما فهم ويدل على ما قلنا قول القدروري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التلعة وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي يرثني اذا مت وتعقل عني اذا جئت وقال الاخر قبلت فينقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ التلعة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذى فطرة

معلقا من غير فصل بين ان يكون للميت وارث آخر أو لم يكن الا أنه نسخ في حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض ولا نسخ في حق من لا وارث له فبقى داخل تحت ظاهر الآية (قوله في الحالتين هاتين) أي في محبة عقالا وفي ممانه اوتنا (قوله ولا بد من شرط العقل والارث) لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك يتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الأعلى من الأسفل لان سببه الاحياء وذا وجد من الأعلى في حق الأسفل لامن الأسفل في حق الأعلى وهذا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط ثبت الحكم (قوله لان تناصرهم بالقبائل) فان قيل ان التناصر حكمه وهي لا تراعى في كل فرد وانما تراعى في الجنس كقضى الاستبراء فان الحكم نفسه فراغ الرحم وانما تعتبر في الجله لافي كل فرد حتى لا يجب الاستبراء فحين اشترى من امرأة أو اشترى أمته فقلنا التناصر على الاحكام فان قيل العلة لا بد ان تكون موجودة والتناصر قد يوجد وقد

تفسير خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بانه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كالأوصى بكل ماله لا آخر له وارث معروف وأوجب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الورثة ذوات القرابة

قال المصنف ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب (أقول أشار به الى ما ذكره القدروري قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعتراض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه

الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كفي عزل الوكيل قصدا بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره

سلمية أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة أماما نقله عن السكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطها هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطها فيكون قوله ووالاه في قوله إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه غنيا عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والا خربك كافي في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذلك كرهما في العقد بشرط لصحة العقد كالا يخفى وأما قول القدروري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدروري بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يد ليس بشرط فيها وأما قول صاحب القصة ثلاث محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك إذا قال واليتك والا خربك ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ثبتي اذ امتدت عقل عني اذا جئت فلا دلالة على عدم اشتراطها ما وبالجمله أن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بياحه اسم اياه على الاستقلال ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة اشتراط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غيبا ومعتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع أنهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كفي عزل الوكيل قصدا) أو رده عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان قد من مال الموكل على مامر في الوكالة فله معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب ههناك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما في تغرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشرح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام فإن كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمرا ظاهريا ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بل لا ريب في تحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي يكره ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذ لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من دفع الضرر على هذا الوجه اللهم إلا أن يقال دفع الضرر وان لم يتبع ههنا كما يتبع في صورة العزل عن الوكالة لأنه لا محالة لا يمكن بل با رضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلانه ربا عوت الأسفل فيسبب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيصرف فيه فيصير مضروبا عليه وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلان الأسفل ربا يعتق عبدا على حساب أن عقل عبده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب

لا يوجد لنا التناصر يكون موجودا حاله تحققة أو تقدير القيام سببه (قوله الأنه في هذا) أي في فسخ عقد الموالاة (قوله كفي عزل الوكيل قصدا) أي عزل الوكيل فلا يجوز بدون علمه ويجوز ضمنا فكذا المحول الأسفل ان يفسخ الولاء بغير محض من الاول في ضمن عقد الولاء مع غيره ولكن ليس للأعلى والأسفل ان يفسخ الولاء بغير محض من صاحبه قصدا كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصدا فان قيل فلما ذاب جعل صحة العقد مع الثاني موجبا لفسخ العقد الاول فلان الولاء كالتبعية بالنسب مادام نباتان انسان لا يتصور

أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء يختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضيق في مقابلة القوي فلا يظهر استحسان المولى معه بهذا السبب في شيء من المل بخلاف الوصية بالثالث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له لا بباريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بباريق الارث لسترج استحقاق القرية عليه وخلافة قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كفي عزل الوكيل) فانه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في

(قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الاحكام كرمسة المصاهرة ووجوب النفقة في مثل العمة والحالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء يختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الاحكام (قوله فانما خلافة في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة قوله وخلافة قوله (الأنه الخ) أقول معطوف

حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان تقدم مال الموكل على ما صرف في الوكالة فامعنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل وأجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر وفان العقد كان بينهما موافقاً فقد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام على الآخر من غير علمه نفسه ضرراً لاحتماله لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله بدون علمه وخلافه (لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) فان عزل الوكيل حال غيبته مقصود الا يصح وحكمي يصح كالأعتق العبد الذي وكاه بغيره فانه أو رد عليه اذا جعل (١٦٥) صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ

العقد الاول وأجيب بان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتاً من انسان لا يتصور رتبته من غيره فكذلك الولاء فعرقتان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كما في النهاية وانه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب الاكراه)
قيل الموالاة تغيير حال المولى الاعلى عن حومة كل مال المولى الاسفل بعد موته الى حكمه بكان الاكراه يغير حال مخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسباً ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله امم افعل يفعل المرء بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة فلا ينتقي به رضاه

بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعاقب به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً) لانه لازم ومع بقاءه لا يظهر الا ذنى *(كتاب الاكراه)*

العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية ومراج الدراية نقلان الفخيرة (أقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان أصله أن في الفسخ بدون علم صاحبه ضرراً لا اعتراؤه في الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه ما اذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء ككاتب النسب والنسب مادام ثابتاً من انسان لا يتصور رتبته من غيره فكذلك الولاء فعرقتان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومراجعه رايه الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب مادام ثابتاً من انسان لا يتصور رتبته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين لغات ولداً فادعاءه ثبت نسبهما عندنا كمن في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مد لا ومشرعاً والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا النسب لا يتصور رتبته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فنأمن بتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان صحته مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بان المراد أن النسب مادام ثابتاً من انسان أولاً لا يتصور رتبته من غيره ثانياً وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو في الدعاية معاوماً اذا ادعاه أحدهما أولاً والاخر ثانياً فاعايش ثبت نسبهما من الاول دون الثاني كتحصيل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً عقد الولاء عقد غير لازم يخالف النسب من هذه الحشية فانه يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموافق

(كتاب الاكراه)

ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرقتان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول (قوله وكذا لا يتحول ولده) أي لا يتحول ولده الى غيره بعد الكبر لان ولده الاب تا كد بعقل الجنابة وتأكداً للتبع بئناً كد الاصل فكذلك ليس للاب ان يتحول عنه بعد ما عقل جنابته فكذلك ليس لولده اذا كبر والله أعلم بالصواب *(كتاب الاكراه)*

وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم في عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره وذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضع أصول الفقه

على قوله خلافاً لقوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلافاً لقوله وان كان له وارث (قوله وخلافه لانه فسخ حكمي) أقول وهذا الاول مع ما في قوله لا في السابق *(كتاب الاكراه)* (قوله وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الحجاز (قوله وذلك يستلزم في عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن فيقال الاستلزام عبارة عن مقابلة قوله أو يفسد قوله ينتفي به رضاه اذ لولا لم تصح المقابلة وفي ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخلافه لقوله على

قال (الا كراه ثبت حكمه اذا حصل ممن يتعد على ايقاع ما توعد به سلطانا كان أو لصا) لان الا كراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق ايراد الا كراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فكذلك الا كراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة الى حله في عامة المواضع ثم ان الا كراه في الاعتبارات عن حل الانسان على شيء يكرهه يقال كرهت فلانا كراهاً أي حمله على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الا كراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وباحة وخصه أو يأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الابيضاح أن الا كراه فعل يوجد من المكروه فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعاً الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على ما هدده بكمه وعلى أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولفظ ان تختار من هذه الثلاث أنهم اشتقوا قد اختار المصنف عبارة المبسوط كآثرى وسيجي ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الا كراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا

هو في اللغة صدر كرهه اذا حله على أمر يكرهه ولا يريد به الكره بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ثم يفسد به اختياره ان كان مجبياً والاي يفسد ولايزول به أهلية المكروه ولا يسقط عنه الخطاب لان المكروه مبتلى والابتلاء تحقق الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر و رخصة و يأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وفي المبسوط ثم في الا كراهية بغير معنى في المكروه ومعنى في المكروه ومعنى فيما كرهه عليه ومعنى فيما كره به فالمعبر في المكروه تمكنه من ايقاع ما هدده فانه اذا لم يكن متمكناً من ذلك فاكرهه هذان وفي المكروه ان يكون خائفاً عن نفسه من جهة المكروه في ايقاع ما هدده عاجلاً لانه لا يصير مجبياً مجبلاً طبعاً لا بذلك وفيما كرهه ان يكون متلفاً أو مريباً أو متلفاً عضواً أو وجباً لا ينعدم الرضا باعتباره وفيما كرهه عليه ان يكون المكروه متمتعاً عنه قبل الا كراه اما الحقيقة أو لطف أو آذى آخر أو لطف الشرع وبسبب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم والاصل ان تصرفات المكروه قولاً منعقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتسدير والاستيلاء فهو لازم فاذا عرف هذا فنقول اذا كرهه على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على ان يقر لرجل بالف أو يؤجر داره فاكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس أي المديد منه ففعله فهو بالخيار ان شاء مضي البيع وان شاء فسخه ورجع بالبيع لان الا كراه المجبى بعدم الرضا والرضا شرط صحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن راض فان قيل الآية وان أثبت الحرمة بدون الرضا لكن مطلق قوله تعالى أحل الله البيع وجرم الربا وجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا ابيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ورد الشرع على وفاق الحقيقة ولانه مخصوص فيخص بدون الرضا فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند عدمه فكيف قوله تعالى من قضاكم المؤمنين قلنا أول الآية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام فوضحه ان المستثنى لما كانت بصيغة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو الكره وهذا كقوله عليه السلام لا تتبعوا الطعام بالطعام الاسواء بسواه وفي المبسوط والحد في الحبس الذي هو اكرام ما يجبي الغتاهم البين به وفي الصرب الذي هو اكرام ما يجبي منه الالم الشديد وليس في ذلك حدا لا يزد عليه

تعدى ولا يظهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الا كراه يضرب سوط أو حبس يوم على ما يجبي لعدم ترتب أحكام الا كراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول ففقدون أن يفسد به اختياره فانه اذا قبل التخاص بالعام براد بالعام ما عدا ذلك التخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً ولو أما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال (الاكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على (١٦٧) إيقاع ما توعد به) فشرط الاكراه

حصوله من قادر على إيقاع التوعد به (سلطاناً كان أولصاً) وخوف المكروه وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالاكراه مجبواً على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء مفصلاً ولم يفرق بين حصوله من السلطان والعبث (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادراً على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سبحانه) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعلة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قال المشايخ رحمه الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا السلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا كره على بيع ماله أو شراء سلعة أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو اختيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق ما توعد به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سبحانه عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعلة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كانت شرط قدرة المكروه لتحقيق الاكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يهدده وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به مجبواً على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا كره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرل رجل بالمال أو يؤجر داره فأكراهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

يتنق به ورضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الاكراه ويفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لابي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما أتوا عليه من الكلام فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الاكراه أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون يقتل أو يقطع عضو وهو الاكراه المجهى ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بغيره أو بحبس وهو الاكراه الغير المجهى وكل منهما لا ينافي الأهلية ولا الخطاب ولو أما نفي الاسلام البرزوي فقال في أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو المجهى ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يجهى ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهجم عليه أبوه أو ولده أو ما يجري مجراه والاكراه يجعله لا ينافي أهليته ولا يوجب موضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول نفي الاسلام الاكراه على الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الجمل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتقي به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكانه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لنا أن ما ذكره المصنف ههنا من معنى الاكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول نفي الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وإنما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فإن الاكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضاً ستر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه إلى نوعين فقط فإن المقام ودال البيان في الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذي يرتب عليه الحكم الشرعي ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا من كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه أما أولاً فإنه جعل قول المصنف فينتقي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع أن مقابلة قوله ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه في

شاه فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الاكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراه هذه الاشياء يعلم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا كره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا
يبيالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستنصر به لغوات
الرضا

أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعاً وأما نياً فلا نه قال ان قول المصنف أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم
الرضا ولا معنى له لانه ان اراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان
فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضا ان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا
كذلك كره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضاً اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح
اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار
وانعدام الرضا كفي النوع الغير المجتبى من نوعي الا كراه على ماسر وأما نالاً فلا نه قال وهه إشارة الى القسم
الاخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضاً مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الطاهر
جداً سيما في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصوداً المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة للا كراه
لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت آنفاً فلا
تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كراهية لاديه الى القسم الثالث من الا كراه لصدقه على
القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضا يدل على
بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبته
الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بان يقول بدل قوله أو يفسد به اختياره أو لا يجمع بيني أو لا ينتفي به
رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخ الى عن التعملات بامره والارادة فإعادة
ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تحولات كثيرة في افادة ذلك
المعنى ولعمري ان رتبة المصنف بعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه
بدون فساد اختياره بقدر ينتم مقابلة قوله أو يفسد به اختياره فان العام اذا قول بل بالخاص براديه ما عدا ذلك
الخاص كفي قوله تعالى سافظوا عل الصلوات والصلوة الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه إشارة الى أحد نوعي
الا كراه وهو غير المجتبى وقوله أو يفسد به اختياره إشارة الى النوع الاخر منها وهو المجتبى فان نظم كلامه
من غير كثرة أصلاً وانما طبق لما في عامة الكتب (قوله والا كراه هذه الاشياء يعلم الرضا) اراد بهذه الاشياء
القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في
تفسيره قول المصنف بهذه الاشياء يعني بالبيع وأخوانه ولم يذكر أن البيع وأخوانه من المكره عليه لامن المكره
به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا كره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه
لا يبيالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه) أقول بردي على ظاهر هذا الخبر برأى آخر الكلام يناقض
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا كره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق الا كراه في
هذه الصور أيضاً والام لا قال بخلاف ما اذا كره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط أو حبس
يوماً أو قيد يوماً قال في آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح في عدم تحقق الا كراه في هاتيك الصور
فتناقضاً والجواب ان المراد بالا كراه في قوله بخلاف ما اذا كره معناه اللغوي وهو حصل الانسان على
أمر يكرهه كما هو ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نقاه في آخر الكلام انما هو تحقق
الا كراه على معناه الشرعي الذي ترتب عليه أحكامه فبالتناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراه
في قوله بخلاف ما اذا كره لا معناه كذا في قوله تعالى تعلم في نفسي ولا أعلم ما في نفسي فحينئذ لا
يكون لفظ الا كراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازاً فلا تناقض أصلاً

رأى أنه اكرهه أبطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس

والا كراه هذه الاشياء
يعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط
(فيفسد وان اكره بضرب
سوط أو حبس يوم أو قيد
يوم لم يكن اكرها لانه
لا يبيالى به نظراً الى العادة
الا ان كان المكره صاحب
منصب يعلم أنه يستنصر به)
فهو اكره (ل) وجود
العلة حينئذ وهو (فوات
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه
كذا في النسخ التي بأيدينا
وصوابه أو يفسد به اختياره
اه مصححه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالاكراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا أكره على الاقرار بالف بضرب سوط أو حبس يوم فاقربه فهو اقرار كافي للبيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكيم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر (١٦٩) من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو الملك (والفساد

لغقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتقاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساراة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيد لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه) حاز ويلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد في الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائر المعتاد يفسد اجمعه كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لغوات الرضا

(قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالاكراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في

(قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله لكونه مكافيا لمحله) اذ الكلام فيه والفساد لغقد شرطه وهو التراضي اذ تأثير فوات شرط الجواز في افساد العقد كافي الربا فان المساواة في الاموال الروية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة فسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كولو باع زهرا بدرهمين وأشباهه قلنا يبيع المكروه يشبه البيع الموقوف من حيث توقعه على اجازة المالك له والبيع الفاسد من حيث أنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه فن حيث أنه يشبه البيع الموقوف في أي وقت اجازة المالك يعود جائزا ومن حيث انه يشبه الفساد يفيد الملك بعد القبض فلا بالشبهين وانما عملنا على هذا الوجه لانه في أظهرنا شبه الموقوف في حق المالك ولو وجد الملك بعد القبض لا يبقى شبه الفساد في فسخ العمل بالشبهين فان قيل يبيع المكروه دون البيع بشرط الخيار فالبايع ههنا يرضى بالسبب دون وصفه وهو المأزوم وههنا البائع غير راض باصل السبب قلنا البائع بشرط الخيار غير راض بالسبب في الحال لانه عاقبه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكروه لان المكروه راض بالبيع لدفع الشره عن نفسه غير راض بحكم السبب وهذا ولانه عرف الشرين واختاراهون كما فكان فاصدا مختارا السكن لا عينه بل لدفع الشر عن نفسه (قوله ومن جعل البيع الجائر المعتاد) أي بغير قند ونحوها يريد بيع الوفاء وهو ان يقول البائع للمشتري بعت

(٢٢) - (تكملة الفتح والكفاية) - (ناهن) (قوله الا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كافي سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك ههنا العين بمالك على من الدين على أني قد قضيت الدين فهو لى أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني ان دفعتك اليك ثمك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخهم قد جعلوه بيعا جائزا يفيد بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للمعاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائر المعتاد ومن المشايخ من جعله

بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لغوات الرضا ككافي البيع المكره عليه ومنهم من جعله
 رهنا لقصد المتعاقدين لانهم ما واثقوا ببيع السكن غرضهما الرهن والعبارة للمقاصد والمعاين ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن
 مالكه وهو ضامن لما وكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط به لا كفي يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك
 بغير صنعه وللبيع استرداداه اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل لانهم سمعوا بكلامه بلفظ البيع
 وليس قصد ههما فكان لكل منهما ان يعسخ بغير رضا صاحبه ولو اجارا أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم
 لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يردا البائع الثمن الى المشتري وبقى المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا
 يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة ولهذا سمى ببيع الوفاء لانه وفي جماعة من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا لمخ) اذا
 قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كافي البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة
 فكذا اذا سلم المبيع طائعا (١٧٠) بان كان الاكره على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم

يذكر الدفع فوجب كرها
 ودفع طائعا حيث يكون
 العقد باطلا أى فاسدا
 وجوب الملك بعد القبض
 كالهبة الصحيحة بناء على
 أصلنا ان فساد السبب
 لا يمنع وقوع الملك بالقبض
 فان تصرف فيه نفذ تصرفه
 وعليه ضمان قيمته والفرق
 بينهما ان مقصود المكره
 ما يتعلق به الاستحقاق لا بمجرد
 اللفظ وما يتعلق به
 الاستحقاق في الهبة بالقبض
 وفي البيع بالعقد فكان
 الاكره على الهبة اكرها

(قوله ومنهم من جعله بيعا
 باطلا اعتبارا بالهزل الخ)
 أقول لا يخفى على من يعرف
 معنى الهزل أن هذا القدر
 لا يكون المنكاه هازلا (قوله
 فكان لكل منهما أن يعسخ

ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل وشايخ سمرقند رحمه الله جعله
 بيعا تراعى فيه بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع)
 لانه دليل الاجازة كافي البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكره على البيع لا على الدفع لانه دليل
 الاجازة بخلاف ما اذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوجب كرها حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
 غير الاكره لترجح جنة الصدق وعند الاكره يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة (أقول) الظاهر
 عندى ان قوله وكذا الاقرار حجة المخ معطوف على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد
 لا على قوله والاكره بهذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد لان قوله والاكره بهذه الاشياء لعدم الرضا بعض الدليل
 بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة المخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى
 المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار
 بالاكره غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير بالمدكور في النهاية والعناية قالوا به أن
 يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كنه تدبر ترشد (قوله
 ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا
 يكون المنكاه هازلا (أقول) لم يقل من جعله باطلا لان المنكاه به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك

منك هذا بما لك على من الدين على أنى متى قضيت الدين فهو لى (قوله ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين)
 لان المتعاقدين وان سميا ببيعاً ولكن غرضهما الرهن والهبة في العقود لانه انى فالكفالة بشرط براءة الاصيل
 حواله والحوالة بشرط ان لا يبرأ كقالة هبة الحرة نفسها مع تسمية المهر نكاح والاعارة باجر اجارة ولما كان
 هذا كالرهن في يد المرتهن لا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما وكل من ثمره
 واستهلكه من عينه والدين ساقط به لا كفي يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك من
 بغير صنعه وللبيع استرداداه اذا قضى دينه لا فرق بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان لسيد الامام

بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان باطلا لا ينعقد والغيب فرع الاعتقاد قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في
 ملكه راجع الى المشتري قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على
 الهبة لا غير لم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائعا وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب
 بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين
 وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام
 المصنف مبني على تلك الرواية وفي البرزني في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام القوي ما ذكرنا في كتابها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله
 والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحسان في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما صرح في أحكام البيع الفاسد
 والبيع المكره عليه فاسدا لم في جوابه لا يظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحسان في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه
 المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكره اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن
 يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحسان وعدم الاستحسان لعروض اختيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

على الدفع دون البيع
(وان قبضه) أى الثمن
(مكرها فليس ذلك باجازه
وعلى المكره رده ان كان
قائما في يده افساد العقد)
فيكون الثمن أمانة عند
المكره لانه أخذها بذات
المشتري والقبض متى كانت
بذات المالك انما وجب
الضمان اذا كان للمالك
وهنا لم يكن كذلك لانه
كان مكرها على قبضه (وات
هالك المبيع في يد المشتري
وهو غير مكره والبائع
مكره ضمن قيمته البائع)
لانه مضمون عليه بحكم عقد
فسد لعدم الرضا كما تقدم
وما هو كذلك فهو مضمون
بالقيمة (والمكره بالخيار
ان شاء ضمن المكره لان
المكره آله في خيار رجوع
الى الاتفاق) وان لم يصلح
آله له من حيث الكائن
فان التكامل بلسان الغير
لا يتصور (فكان المكره
دفع مال البائع الى المشتري
وان شاء ضمن المشتري
لان الهلاك حصل عنده
فكان كل واحد منهما
أحدث سببا للضمان
(كأن غاصب وغاصب
الغاصب فلو ضمن المكره
رجع على المشتري بقيمة
لقيامه مقام البائع) بأداء
الضمان (وان ضمن
المشتري) يعنى أى مشتر كان

الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على
الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازه وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال
(وان هالك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته البائع) وهذا البيع مكره انه مضمون عليه بحكم عقد
فسد (والمكره ان يضمن المكره ان شاء) لانه آله في خيار رجوع الى الاتفاق فكانه دفع مال البائع الى المشتري
فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام
البائع وان ضمن المشتري

القائل بل قال أنه كالهالول بناء على أن المنكح بلفظ البيع هنالك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك أن من
شرط كون المنكح هالولا حقيقة أن تجري المواضع قبل العقد بان يقال نحن نكحكم بلفظ العقد هالولا كما تقر
في علم الأصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا
بالهالول فان معناه يدا على الهالول ولا ريب أن القياس انما يتصور بين الشئيين المتغيرين بحسب الذات
المشتركة في العلة

أبو شعاع على هذا وأوصى بنبيه عند موته بمذاو حين قدم القاضي الامام على السعدي رحمه الله من بخارا
بسر قند فاستغنى به فكتب أنه وهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بموافقة فتواه وكان لا يخالفهم
في زمانهم البعض الشباب وكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن الماتريدي رحمه الله عن باع داره من
آخر ثمن معلوم ببيع الوفاء وتقاضاه استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة
هل يلزم الاجرة فقال لا لانه عندنا هن والراهن اذا استأجر من المرتهن لا يجب عليه الاجرة بهذه الاجارة فكذا
هذا ثم يجعل ببيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدور الشهيد تاج الاسلام والامام ظهير الدين الصدور الشهيد
حسام الدين ووجههم الله لان الفساد باعتبار فرت الرضا فصار كبيع المكره ومن جعله باطلا بغيره بالهالول
وتم اذا تواضع على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فان البيع منعقد لان الهالول مختار راض مباشرة السبب
لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان تكميل الشرط مؤبدا وانعقد العقد فادعوا غير موجب لانه خيار
المتبايعين أبدا ومشايخهم قنندوهم الله جعلوه باجرا مغيبا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض
وهو البيع لحاجة الناس اليه وفي الكافي للنسفي والاصحح ان العقد الذي جرى بينهم ان كان بلفظة
البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر شرط الدفع في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا
بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بلفظ البيع الجائز وعندنا هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك
وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد بلفظ البيع ويلزم الوفاء بالميعد لان المواعيد
قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس (قوله وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل) يريد به
ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الاجارة من العوارض فلم
يكن الاكراه على البيع اكراه على ادفع فكان الدفع عن اختيار منه وذادليل الاجارة أما الهبة في أصل
الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع نظر الى مقصود
المكره وهو حله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرره لا صورة العقد (قوله وان قبضه
مكرها) أى ان قبض الثمن مكرها فليس ذلك باجازه وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه
وان كان هالولا لا يأخذ منه شي لأن الثمن كان أمانة عند المكره لانه أخذها بذات المشتري والقبض متى كان
بذات المالك فأنما يجب الضمان اذا قبضه للمالك وهو لم يقبضه للمالك لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة
(قوله لانه آله في خيار رجوع الى الاتفاق) أى وان لم يصلح آله له من حيث انه كالم لان التكامل بلسان
الغير لا يصح فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع بأداء الضمان لان المضمون يصير
ملك للضمان وقت سبب الضمان (قوله وان ضمن المشتري) أى أحد المشتريين نفذ كل ضراء كان بعد

بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لولتنا هتة العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضممان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شئ الترديد من تضمين المكروه والمشمري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لامن حيث الاصله فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هذا لك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكروه واجازة المقتضوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازة خاصة أوجب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل يبيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لصادقته ملكه فتكون اجازته أحد البيوع فليكاله غير من المشتري بحكم ذلك البيوع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكروه فقد ملكه فاليبيع من كل مشتري صادق ملكه وانما توقف نفذه على سقوط حق المكروه في الاسترداد وفي هذا لا يفتقر الحال بين اجازته البيوع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم * (فصل) * لما (١٧٢) ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق

الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذ كرفيه الاكراه الممنوع وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغيرها الممنوع وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس يعتبر ويجعل كأن المكروه فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجذو والهلز فكذلك والافهم معتبر فعلى هذا (ان أكره على ان يأكل الميتة أو يشرب الخمر يجبس أو يضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له)

* (فصل) * قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كافي مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكافي مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم ينم ما ذكره بالنظر الى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها مخطوطة قبل الاكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك شرائه لانه ملكه باء الضمان فظهر أنه باع ملكه نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشتري الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكروه عقدا منها فانه ينفذ ما قبله وبعده لان المانع من النفاذ حقه وقد أسقط حقه في عود الكل جائزا بخلاف ما اذا أجاز المالك في بيع القضي واحد من الأمر به حيث يجوز ما أجازة خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك غيره وقد صار لواحد منهم ملك بان بالاجازة فابطل المالك الموقوف غيره وهنا كل واحد باع ملكه اذ يبيع المكروه مفيد للمالك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك فاذا أسقط نفذ الكل والله أعلم * (فصل) *

الاقدم على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعته ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كفي المخصصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك

قال المصنف (لان الاستناد الى) أقول أي استناد ملك المشتري قال صدر الشرع في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضممان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز تقرر ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظة ما في قوله وما عرفت نافية

* (فصل) * (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير في وراءها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة (قوله حتى خاف على ذلك) أقول أي النفس والعضو

بالضرب وغلب على ظنه أبيع له ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توقعه به) وأشار إلى أن الملقى بمنزلة الغلبة الظن لأن بدن الإنسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا يعتبر بمن (١٧٣) قدر في ذلك أدنى الحد وهو أو بعون

فقال إن ثم تدبأ بقل منها لم يسهه

الاقدام لان الأقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقوم على وجه الزجلا الاتلاف لان ذلك نصب

المقدار بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو تلفوا عضوه

(ولم يشأول) وعلم بالأباحة (فهو آثم لانه لما أبيع) من

حيث أن حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود

الى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات

النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الاقدام معاونا

لغيره على هلاك نفسه فيأثم كفى حالة الخمصة وعن أبي

يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لان الاقدام على ذلك وخصه اذ

الحرمة) بصفة أنهم امتنعوا خروجه (فأثم) اذا امتنع

(كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لان سلم أن الحرمة

فأثم لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد

فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه (والاستثناء

تكمال الباقي بعد الثنيا) فكان لبيان أن المستثنى لم

يدخل في صدور الكلام (فلا يحرم) حينئذ (فكان

اباحة لارخصة) فامتناعه من تناول الطعام الحلال

من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فـ كان آثما

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصبر على ما توقعه فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لانه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كفى حالة الخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة فائقة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكام بالحاصل بعد الثنيا فلا يحرم فكان اباحة لارخصة

بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفاه له وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل واجبا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا قاتلا (قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توقعه به فان صبر حتى أوقعوا به) فهو آثم قال في العناية فان قيل اضافة الآثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فساد الجواب أن المباح انما يجوز تركه والابتناء به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفقضى الى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه ان أرديه أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو منوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه له وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أرديه أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى اهله تقضى ذلك فيقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو كل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا الذي في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلم يزم أن تجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الاثنتا لابين من الاباحة الى الوجوب بحسب الحال التي فيها نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك في المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقصان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستنديين الى سبب واحد أو الى سببين ونظير هذا ما حققه الغاضل الشريفي في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلو على أن الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مستقالتين بانه لو عمل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما وحامو مستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشا الاحتياج الى كل واحدة

(قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم) لانه رخصة اذ الحرمة فائقة فيكون آخذا بالعزيمة فالاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الآثم ينفي عن المضطر ولا تنكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فن اضطر غير باغ ولا عاد فلاثم عليه وقال فن اضطر في جمعة غير متجانف لآثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة أنها ميتة أو جرم بالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يأثم بالعزيمة وجبه ظاهرا الرواية ان الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقى على ما كان في حالة الضرورة أو يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبت الاباحة في حالة الضرورة لم تكن رخصة وكان امتناعه من تناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم لانه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فيه فذر بالجهل كالجهل بالخطاب حتى تلفت نفسه أو عضوه فـ كان آثما

(قوله لان ذلك نصب الخ) أقول هذا الظاهر الى قوله ولا يعتبر بمن قوله ولا يعتبر بمن قوله في ذلك أدنى الحد

الكنه انما ياتي اذ اعلم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة نغاه (لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء) فيعذر (أوساط الناس) بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه كموالاتيان به اذ لم يرتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعباد بالله الخ اعلم أن كل ما لا يعتبر كراهي في تناول الميتة والجر لا يعتبر كراهي في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس أو العذر لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمر به من اجراء كلمة الكفر لكنه (١٧٤) يورى وانتورية أن يظهر خلاف ما يضمن فإزان يكون المراد بهما ههنا اطمئنان القاب

الأنه انما ياتي اذ اعلم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة نغاه فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعباد بالله وأوسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك كراهي حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه) لان الاكره هم هذه الاشياء ليس باكره في شرب الخمر لغيره في الكفر وحرمة أشد أولى وأخرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به و يورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلاثم عليه) حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك

من ما هو عابته له ومتنا عدم الاحتياج اليها على الاخرى له فلا استعجاله في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه في مقتضى ان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد أو الى سببين اه كلامه فقد ظهر بما قررناه في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فليستظر اليه وابتدأ في قوله (الأنه انما ياتي اذ اعلم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتي اذ الانسان لا ياتي بترك المباح فاجاب عنه بأنه ياتي اذ اعلم بالاباحة ولم ياكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه اه واقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا مانعة له في أن لا ياتي اذ الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا ياتي اذ الانسان بتركه وان علم باحتياله بالعلم باباحته يشكك في عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله (الأنه انما ياتي اذ اعلم بالاباحة في هذه الحالة) عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتي اذ الانسان لا ياتي بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلته هذه ليس على إطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذ لم يعلم بها فلا ثم عليه في تركه لكونه معذور بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله) يقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدوا والقلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمائنة جميعا كلزعم البعض لان أدنى درجات الامر بالاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصلا اه وعزا في النهاية ومعراج

في أول الاسلام أو دار الحرب (قوله و يورى) من التورية وهو ان يظهر خلاف ما يضمن (قوله) حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به) روى ان المشركين أخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شرماتركوني حتى تاتمنك وذكر آلهتهم بخير فقال كيف تجد قلبك قال أجده مطمئنا بالايمان قال

وإزان أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر ما أمر به موريا كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم ياتي حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعدوا وفيه نزل قوله تعالى الامس أكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فقد عدالى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمائنة

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكأن القول واجب والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد يتقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذا لذي فرضناه سبب الاباحته هو سبب الوجوب بعينه وجوابه للنوع فان الاباحة أصلية

حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فإزان أن يكون

قال

للمراد بهما ههنا اطمئنان القاب) أقول فيه مسامحة (قوله وإزان أن يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكره على عبود الصنم أو الصليب مثالا لا يصح التورية فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكره الكفر أو أن يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم فخطب يباه أن يشتم محمدا آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له تسجدن لهذا الصليب فخطب يباه أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجموه عن الروية ولم يحسن يباهه شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا ذاك قلبه مطمئنا بالايمان اه (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا التردد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني الأول فانه لا بد منه

كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمته

وموضعه أصول الفقه (قوله

ولان بهذا الاظهار) دليل

معقول ووجهه أن الايمان

(لا يغتور به هذا الاظهار

حقيقة) لان الركن الاصيلي

فيه هو التصديق وهو قائم

حقيقة والاقرار ركن زائد

وهو قائم تقديرا لان التكرار

ليس بشرط (وفي الامتناع

فوت النفس حقيقة) فكان

مما اجتمع فيه فوت حق

العبدية قينا وفوت حق الله

توهما (فيسعه الميل الى

احياء حقيقة فان صبر ولم يظهر

الكفر حتى قتل كان ماجورا

لان نجيبا رضى الله عنه

صبر على ذلك حتى صلب

وسماه رسول الله صلى الله

عليه وسلم سيد الشهداء

وقال في مثله (أى فيه كلمة

مثل زائدة) (هو رفيقي في

الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات

الامر الاباحية الخ) أقول فيه

بحث فانه قد يكون الامر

للترخيص قال العلامة

النسفي في أول كتاب الطلاق

من الكافي الامر بالشئ

لا ينفى الخطر فان الخطور

قد يرخص بصيغة الامر

حتى لا يقع في محذور فوجه

كالخنث في اليمين وقطع

الصلاة الى آخر ما ذكره

هناك فلم لا يجوز أن يكون

ما ذكره هنا كذلك فليتأمل

فان الكلام مجالا (قوله لان

التكرار ليس بشرط) أقول

نعم الآن عدم طريان

منايه شرط وهما دطرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العلم

قال مطمحنا بالايمن فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الامن أكره وقلبه مطمئن
بالايمن الآية ولان بهذا الاظهار لا يغتور الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة
فيسعه الميل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا) لان نجيبا رضى الله عنه صبر على ذلك
حتى صاب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيسعه بحث فانه قد يكون الامر للتخصيص
قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفى الخطر فان الخطر قد يرخص بصيغة
الامر حتى لا يقع في محذور فوجه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون
ما ذكره هنا كذلك اه (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيسعه بصيغة الامر حقيقة هو
الاباحية وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفت عن الجمل على الحقيقة وفيما
نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نجعلها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصوره هنا بصرف الاعادة الى
الطما نية دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أي عدالى طما نية القلب
بالايمن وما قيل فعدالى ما كان منك من النبل متى وذكر آلهتم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يغتور الايمان حقيقة
لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله
ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يغتور به هذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصيلي فيه هو
التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبدية قينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقيقة
اه كلامه (أقول) في تقريره حال أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعاليل قوله وهو قائم تقديرا
ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا الا بدفعه من أن لا يطرأ عليه ما يضافه
كما تقر في موضعه والمغروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاف لا قرار باللسان
فان قلت اظهارها اكرها لا يضافه الاقرار وطواعية وانما يضافه اظهارها وطواعية قلت ههنا مبني على جواز
اظهارها حال الاكرها وهو أول المسئلة فاخذ في أنهاء اقامة الدلائل عليه مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله
بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العلم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة
وأما ما نافي لان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبدية قينا وفوت حق الله تعالى توهما يشهر بعدم فوت
حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقيقة تعالى حقيقة أصلا لما كان ماجورا فيها اذ اصبر
حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد فوت حقيقة
تعالى بدون أن يغتور حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسهط عنه
الحرمة أصلا وفيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر ضرورة في حله الاكرها وكفر ضرورة ومعنى في حالة
صحة الاحتياط كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبني بالاكرها عليه يصير معذورا حال الاكرها فيسعه الميل اليه

عليه السلام فان عادوا فعد الى طما نية القلب بالايمن وما قيل فعدالى ما كان منك من النبل متى وذكر
آلهتم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر أحد بالتكلم بكلمة الشرك (قوله لان
نجيبا رضى الله عنه صبر على ذلك) وقصته ان المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فباعوا بقبولته على ان
يذكر آلهتم بخير ويسب محمد عليه السلام وهو يسب آلهتم ويذكر محمد عليه السلام بخير فاجعوا على
قتله فلما أيقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلى ركعتين فأبى وقال انما أوجزت لكيلا تظنوا اني
أناف القتل ثم سألهم ان لمقوه على وجهه ليكون ساجدا حتى يقتلوه فأبى عليه ذلك فرفع يديه الى السماء
وقال اللهم اني لأرى ههنا الاوجه عدو فاقرا رسول الله صلى الله عليه وسلم معنى السلام ثم قال اللهم احص

(ولان الحرمة باقية) لتناهي قبح الكفر وبقاؤها بوجوب الامتناع (فكان الامتناع عزيمته لا عزاز الدين بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة ونزيب الخمر فان الحرمة ههنا لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديم وتأخير وتقدره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فاعلمهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان فالتعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حاله الا كراهة وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضروره نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضروره عدم الحكم عدم العلة كافي شهودا للشهور في حق المسافر والمريض فان السبب وجود الحكم متأخرا فان كان يكون الغضب منتقيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعله ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع الخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد به السبب الشرعي كمثل به فانما يخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي بوجوب تأخير كافي المثال المذكور ومن قوله (١٧٦) تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيامه أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزاز الدين عزيمته بخلاف ما تقدم للاستثناء قال (وان أكرهه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان ما ان الغير يستباح للضرورة عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمة أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزاز الدين عزيمته بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديم وتأخير وتقدره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فاعلمهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان فالتعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حاله الا كراهة وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضروره نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضروره عدم الحكم عدم العلة كافي شهودا للشهور في حق المسافر والمريض فان السبب وجود الحكم متأخرا فان كان يكون الغضب منتقيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعله ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع الخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد به السبب الشرعي كمثل به فانما يخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي بوجوب تأخير كافي المثال المذكور ومن قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيامه أخر ولا دليل فيما نحن فيه

هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند الامتناع وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لاني الكفر قال (وان أكرهه على اتلاف مال مسلم) وان أكرهه رجل على اتلاف مال مسلم (بامر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه حازه أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة

(قوله وأجيب بان في الآية تقديم وتأخير وتقدره من كفر بالله من بعد ايمانه وهو شرح بالكفر صدرا الى قوله الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان استثناء

هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا يتبع منهم أحدا ثم أنشأ يقول
ولست أبالي حين أقتل مسلما * على أي جنب كان لله مصرعي
فلما قتله وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء وقال هو رفيق في الجنة فهذا مبني على ان الامتناع أفضل (قوله بخلاف ما تقدم للاستثناء) يعني قوله تعالى الاما اضطررت اليه وأول الآية وما لكم ان لا تأكلوا الآية أي وأي شيء عرض لكم في ان لا تأكلوا وقد فصل لكم ما حرم عليكم مما لم يحرم بقوله قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية وقوله حرمت عليكم الميتة والدم أقوى وقد فصل

مما ذكرتم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فاعلمهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بان اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لدليل (قوله كفي شهودا للشهور في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كفي صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعله ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع الخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكما دون العلة اسما فقط واسما ومعنى كما فصل في الاصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند الامتناع) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمر بن الخطاب رضي الله عنه ان عادوا فعند انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الإيجاب ولا على التدبير وي القاضى في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا فك فعلهم بما قالت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التاويل الا بشكاف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لاني الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غاية انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولا قيل الا تراءى كنزائد والتفصيل في الاصول

كفى حاله المخصصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والا تلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأنخذ المكره و يلقه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكامل والوطء فانه فيما يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان أثماً لان قتل المسلم) بغير حق (بما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب اقسام العقلية فله أمانان كان يجب على المكره والمكره جميعاً ولا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله أن (١٧٧) الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسافاته معان مشاهد وكذا شرعا لانه قزر عليه حكمه وهو الاثم فاجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره بهذا يتسكك الشافعي في جانب المكره وبوجبه على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كفي شهود القصاص ولا ييوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظر الى التائيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحل

على ذلك اهـ (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن تختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور أصلا فيجوز أن يراد بالعله ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء وتوافقه وقوله فذلك متمنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض أقسامه ولو هو ما كان علة اسماءه معنى وحكمه دون بعضها الاخر وهو ما كان له اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقرر ذلك كفي في علم الاصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يتمتع التخلف

لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز وجل الاما صطارتهم اليه محارم عليكم فانه حلال لكم في حال الضرورة لان الامتناع من التحريم اباحته وامتناعه من تناول حتى يتلف كاستنائه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فيكون آثما فان قيل كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحته لارخصة وهناك من الغضب في الغضب في الميتة لا يلزم من انتفاء انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر في الكشف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب شرح دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليه غضب الامن أكره فليس عليه غضب ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليه غضب من الله (قوله وقدر الشرع حكمه على ما هو الاثم) أي أنه يأثم اثم القتل واثم القتل على من يأسر القتل وقد تحقق الفعل منه حقيقة وحسافا فأتحق منه الفعل بواحد بعله الا اذا سقط حكم فعله وأضيف الى غيره شرعا كفى الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم وأضيف الى غيره وهو هالم بسقط فانه يقرر (قوله ولا تسبب في هذا) أي في القتل حكم المباشرة عنده كفى حد قطاع الطريق يجب على الرد الولاء بالتسبب وكفى شهود القصاص عنده فان الشاهد يزول وشهدا على رجل بالقتل العمدة فاقص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده (قوله انظر الى الحل) أي الاكراه (قوله

(٢٣) - (تسكك الفاعل والكفاية) - (ثامن) مباشرة الشافعي يضيفه الى الغير تسببا فلا تنافي ولا ييوسف

رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظر الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأييم الشارع يدل على تفرير الحكم وقصره عليه وكونه مجمولا على الفعل يدل على أنه كالاتمة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بما أوله ما أنه محمول على القتل بطبيعته اياها الحياة والمحمول على الفعل بالطابع الآلهي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبيعة القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بان يلقه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول في بحث

منه بغير واسطة وحسافاته معان مشاهد وكذا شرعا لانه قزر عليه حكمه وهو الاثم فاجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره بهذا يتسكك الشافعي في جانب المكره وبوجبه على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كفي شهود القصاص ولا ييوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظر الى التائيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحل

فقبل لو كان آله لا صيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مال به العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التكامل فانه لو انتقل اليه من حيث التكامل أضلح العبد (و) كما نقول (في الاكراه المجوسي على ذبح شاة الغنم) فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا (واذا ظهر أن المكره آله للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته منخصة فقتل انسانا أو كل لجه (١٧٨) حتى يبقى هو حيا يثار الحيات بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره

ودخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه يثار الحيات فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي الاكراه المجوسي على ذبح شاة الغنم ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا) بخلاف الشافعي وقد مر في الطلاق قال (ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آله فيمنه من حيث الاتلاف فيضاف اليه

لانه ليس ثمة من يكون آله فضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال سواء كان هذا المكره الاثم عاقلا أو معنوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الاثم وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شافعي علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الزاء دون كسرهما ونقل عن أبي اليسرى مبسوطه ولو كان الاثم صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس باهل لجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا بخلاف الشافعي رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الآن يكون اكراهه بحق (وقد مر) دليل الفريقين (في) الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه يصلح آله

و يجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة وقوله فانهما يختلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير نوع بل السبب الشرعي مطلة من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فإلزام تحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقرر في علم الاصول معناه ومن نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال الذي ذكره في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتعقد دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث تحبيب دليل على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان تحبيب رضى الله عنه لما أكرهه على اظهار كلمة الكفر فصرح ولم يظهر حاجته قتل مدح رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو دفن في الجنة ولو لم يبق الحرمة أبد في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهي حرام فيلزم أن يأم بذلك كفي حالة المنعصة كما مر (قوله ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه يصلح آله فيمنه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال في العنايته ومنع صلاحه لانه لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق اللفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينقل عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظران لان انعكاس في اعتاق الصبي انما هو من ولهما انه محمول على القتل بطبعه يثار الحيات فيصير آله للمكره وذلك لان الآله هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله كالنار فان طبعها الاحراق وكلها فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك في الجري على موجب الطبع مشابهة بالآله ولو استعمل القاتل آله التي هي السيف في شخص ظمنا فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آله (قوله ولا يصلح آله في الجنابة على دينه) لانه أكرهه على ان ينجي على دينه ولو انتقل ذلك الى المكره لتحقق خلاف المكره وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول (قوله) كما نقول في الاكراه على الاعتاق) يعني الاعتاق مقصور

ولهما انه محمول على القتل بطبعه يثار الحيات فيصير آله للمكره وذلك لان الآله هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله كالنار فان طبعها الاحراق وكلها فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك في الجري على موجب الطبع مشابهة بالآله ولو استعمل القاتل آله التي هي السيف في شخص ظمنا فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آله (قوله ولا يصلح آله في الجنابة على دينه) لانه أكرهه على ان ينجي على دينه ولو انتقل ذلك الى المكره لتحقق خلاف المكره وبطلان الاكراه وعود الفعل الى المحل الاول (قوله) كما نقول في الاكراه على الاعتاق) يعني الاعتاق مقصور

فيمن حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحه لانه لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق اللفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينقل عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله صححت الاضافة اليه

(قوله ونسبه شيخ شافعي علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أباعبد الله محمد بن أحمد السكاكي مصنف معراج الدراية في شرح الهداية (قوله ومنع صلاحه لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله من حيث الاتلاف

فله أن يضمه موصرا كان أو معسرا ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان فغيره إذا قال المكره أردت بقولي هو حرة مستقبلا كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بمطاوله وان قال خطار ببالى الاختيار بالحرية فيمضى كاذبا وأردت ذلك لانشاء الحرية عتق (١٧٩) العبد قضاء لادبائه لأنه عدل

عما أكره عليه فكان

طائعا في الإقرار فلا يصدقه

القاضي في دعوى الأخبار

كاذبا ولا يضمن المكره شيئا

لان العبد عتق بالاقرار

طائعا لا بالاكراه فان قيل

ينبغي أن لا يضمن المكره

لأنه أتلف بعوض وهو

الولاء والاتلاف بعوض

كلا اتلاف فالجواب أما

لا نسلم أن الولاء عوض

لان سببه العتق على ملك

المولى فكيف يكون المكره

معوضا عما أتلفه بما

لا تعلق له به أصلا سلما

ولكن انما يكون كلا

اتلاف اذا كان العوض

مالا كالأكره على كل

طعام الغير فكل فانه

لا ضمان على المكره لانه

حصل للمكره عوض أوفى

حكم المال كما في منافع البضع

اذا أتلفها مكره لان منافعه

تعدا لا عند الدخول

والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة

النسب ألا ترى أنه اذا شهد

بالولاء ثم رجعا لا يضمنان وأما

عدم السعاية فز لانها انما

تجب للتخريج الى الحرية

كما هو مذهب أبي حنيفة

رضي الله عنه أن المستسقى

كالمالك وقدر خرج فلا

يمكن تخريجه ثانيا (أو

تعلق حق الغير) ولم يتعلق

فله أن يضمه موصرا كان أو معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما

جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن ثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل والتأثير وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه نامل فان الذي يضمن ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به فاطمة وقد مر في كتاب الولاء معصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكك أصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدارا لور رد السؤال المذكور ولا يجدي شيئا في دفعه انفسا كالاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالتعلق عندى في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره لادبائه في حق التلفظ عدم صلاحية له في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحية له في حق التلفظ اعلم امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينقله كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمه موصرا كان أو معسرا) لانه ضمن ان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لانه أتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بفرض كلا اتلاف أوجب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كالأكره على كل طعام الغير فكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكره لان منافعه تعدا لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهد الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل بما لو أكره على شراء ذبيحة من ماله فعتق عليه فان المكره لا يرجع ههنا بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو ماله الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك أن ماله الرحم ليست بماله كالأكره أما حقيقة فظاهر وأما حكمه فلا يلزم له أن يضمن ما أتلفه في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا أعتق عبده

على المكره من حيث اللفظ وبمقتضى حصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه لم يصلح له للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالكية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا للمالكية وكذا أكره المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون ضامنا ولا يقتصر على المجوسى في حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة لانه صلح له للمشير في حق الاتلاف دون الذكاة لان الحرمة يحتاط فيها (قوله لان السعاية انما تجب للتخريج) كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله فان المستسقى كالمالك كاتب عندده وأتلف حق الغير كما هو مذهبهم لان عنده ما انما تجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو جبت لو جبت لتعلق حق المعتق لانه لاحق ههنا الغير المعتق ولا نظيره في الشرع وقوله لتعلق حق الغير لا احتراز عن المريض بعق عبده وعليه مدين ههنا كجيب السعاية لخلق الغرماء وكذلك الراهن اذا أعتق المهره وهو معسر فانه تجب السعاية على العبد لخلق المهره (قوله ولم يوجد واحد منهما) ولا يلزم على قولهما اعتاق السفيه

بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد موهنا فأكراه الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق

(قوله والالتفات قد ينشأ عنه في الجمله كفى اعتاق الصبي) أقول فله نامل فان الذي يضمن ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب (قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالسند أعم ولعله لذلك بادوا الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد موهنا فأكراه الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية) أقول ان ثبت الرواية

حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهب ما فانه ينقض بما اذا أعتق المحجور وعليه بالسفسه فانه يعتق ويجب عليه السعيان وقد أعتق المكحول لا حق لاحد فيه وزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بضمين لانه مؤاخذ باطلافة يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متاعا للعبد حكما في كانه قتل والمقتول لا يضمن شيئا له) (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما اذا كرهه على طلاق امرأته وقد سمى لها مهر الا أنه لم يدخل بها فانظر الجواب فيما اذا كرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق ونحو بقيمة العبد وان لم يسمه يرجع على المكره بما الزم من المتعة لان (١٨٠) العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أم في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلعله لان

مأعله أي على الزوج كان على شرف السقوط بان من الفرقه من قبلها يتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه أو بالارتداد والعبادة بالله تعالى وما كان عليه تأكيد بالطلاق مكره اذا كان على شرف السقوط تأكيد به ولأنه كد شبهه بالايجاب فكانه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الاتلاف فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالاطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وماليس بمال لا يضمن بمال الأخرى أن الشاهد من اذارجها بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل أي طلق أو أعتق فهو

ولا يرجع المكره على العبد بضمين لانه مؤاخذ باطلافة قال (ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة) لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقه من قبلها وانما تأكيد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالاطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل حاز استحسانا) لان الاكراه مؤثر في فساد العقد ولو كاله لا تبطل بالشروط الفاسدة وعليه من لان السعيان يجب تخلف الغرماء بخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعيان لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكراه الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعيان لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه (أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعيان على العبد اذا كره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا لا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج الى السعيان لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكراه الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعيان لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعيان عليه بل لا بد من أن لا يدرمعتقه على ايضاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعيان على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا كرهه على اعتاق عبده المرهون ففعل يقتدر على ايضاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمته ذلك العبد فان له أن يضمه اياها لما ذكر في الكتاب وكان ينبغي أن لا يجب السعيان على العبد من قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فأكراه الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح

المحجور حيث يعتق ويجب السعيان على العبد لانه تعلق به حق المحجور ونظره ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه محجور (قوله بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر كد بالدخول لا بالاطلاق) فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن بالمال لانه مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال متقوم وقومه عند الملك بالنكاح لاظهار خطر المحجور وهذا الخطر للمملوك لا للمالك الوارد عليه ألا ترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند اتلاف الملك فلهذا لا يضمن المثلث شيئا ولهذا لا يوجب على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمنا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمكوحته الغير (قوله ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل

جائزا استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الوكالة تبدل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة أم أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرط فاسدا فانه يفسد العقد ولا يخفى ان الاعتقاد أو أم أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلا يضمن

هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغي أن لا يجب السعيان على العبد بل يكون مضمنا للمكره لا للمكره ههنا بدل العبد فليست أم (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في الرض وأراد المرتهن في الرهن (قوله فانظر الجواب فيما اذا كرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خبر بان الغاء ههنا يستفي محلهما والاحسن تبدلها بالواو

الاستقاطات فان تصرف لو كيل في مال الموكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (و يرجع المكروه على المكروه) بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكيل وزوال المالك لم يقع به فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كفى الشاهد من شهد أن فلاناً وكل فلاناً يعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقتود المكروه زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم الزوم وعدم الاكراه يمكن الفسخ فلا اكراه يمكن المكروه من الفسخ (١٨١) بعد التحقق فيما لا يحتمل الفسخ لا يعمل

فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكراهه على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكروه بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكراهه على عين تخلف اعتقدت (أو على نهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على ابلاء) فآلى أو على فيء الهبا باللسان) ففعل صح (لانها) أي الرجعة والابلاء والفيء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان اكراهه على اعتاق عبده عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عن اوله يرجع على المكروه بقيمته لانه أمره بالخروج عزله وذلك منه حصة لا تلاف بغير حق وان عين عبد الله ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لانه ألتف على ماله العبد حيث لم يكن بعينه متحققاً

و يرجع على المكروه استحساناً لان مقصود المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكروه بما لزمه لانه لا مطالب به في الدنيا فلا يطالب به فيه او كذا اليمين وانظر ولا يعمل فيها الاكراه لعدم احتمالها الفسخ وكذا الرجعة والابلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبها طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرهاً على الخلع دون الزمها البذل لرضاها بالاتزام

الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان. فابراهم لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول ناج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسدقة فانه يشهر بالمخالفة أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنهم اذا انحله في الطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضاً لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض به ما ذهب اليه أبو جاز استحساناً ونفذت تصرف الوكيل والقياس ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الاكراه لانهما ينفقان الرضا والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانهم من الاستقاطات اذا موكل بسقط حقها بالتفويض اليه فإذا لم يبطل نفذت تصرف الوكيل (قوله ويرجع على المكروه استحساناً) أي يرجع المكروه بنصف المهر وقيمة العبد على المكروه استحساناً والقياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على التوكيل وزوال المالك لا يشبهه اذ لو كيل قد فعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف اليه كما اذا شهد شاهدان ان فلاناً وكل يعتق عبده فاعتقه ثم رجعا فانهما لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكروه زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوداً فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه) حتى لو اكراهه بوعيد تلف على ان يوجب على نفسه صدقة أو صوماً أو حجاماً شيئاً يقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكراهه على اليمين بشئ من ذلك أو بغيره لان النذر لا يلحقه الفسخ لانه يمين لقوله عليه السلام النذر عيب وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان أثر الاكراه في فوات الرضا وأثره في عدم الزوم وأثره في حق الفسخ فيما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه أثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه (قوله لانه لا مطالب في الدنيا فلا يطالب به فيها) وذلك لانه أو جيب عليه حكمياً بطالب به في الآخرة

عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانما ليست بمضمونة على أحد وان تركه التي آلى منها أو بعة أشهر حتى يأتى بغيره لم يكن دخول بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه لانه كان متمكناً من الثربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك وضامنه بما لزمه من الصداق وان قربه او كفر لم يرجع على المكروه بشئ لانه أتى بضماً اكراهه عليه وان اكراهه على أن يخالف أمره أنه فعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو بغيره لوجود الشرط والجزء واليمين لا يعمل فيه الاكراه (فلو كان مكرهاً على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالاتزام) بازاء ما سلم لها من البيونة ولا شيء على المكروه للزوج لانه ألتف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فان قبل ان خالعا وهي غير ملوثة فاستحققت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيدها كان على شرف السقوط أولاً فلا يخلو اما أن ساق الزوج المهر بها كله أولاً فان ساق رجوع على المكروه بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة فمما

يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة فوجه الله فلا نه وإن أوجب البراءة لكنهما براءة مكرهه والبراءة مع الإكراه لا تنفع وإن لم يسق وجع عندهما خلافاً لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولان أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشاراً له وذلك لا يكون إلا بالذات وذلك دليل الطواغية بخلاف المرأة فانما يحل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكن منها فلا يكون التمكن دليل الطواغية ثم يرجع وقال لاحد عليه إذا كان المكره هو السلطان لأن الحد لا يزجر ولا حاجته مع

(١٨٢)

قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

بمذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رجهما الله أنه لا يلزمه الحد وأما تنقيده الإكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحت عقالات السلطان أن أكثر

قال (وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

حنيفة رجهما الله من أن السعاية إنما تجب على العبد لا تخرج إلى الحرية إذا تخرج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد يخرج إلى الحرية بالاعتق فلا يمكن تخرجهما بها نائياً فلم أن لا يتم قول نافع الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المجل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهبهم فاختص بما إذا أعتق المحبوس عليه بالسبي فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولاحق لاحد فيه فبإدلهما في التعليل وهو غير محبور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رجهما الله الآن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحت عقالات السلطان يعلم أنه لا يغوته فهو ذواً في أمره وغيره يخاف الغوث بالالتجاء إلى السلطان فيجعل في الإيقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كليات الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رجهما الله أن يقال ندرة ذلك ممنوع كيف ووقوع ظفر الأصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سبهاً في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى واثبت سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات من الحدود سبهاً في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع أذا شك أن يجرّد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتى من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء أأمرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا يبي حنيفة أن هذا مما لا يغيب عليه عادة إذا كان في المصر لأن الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا ينبغي على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كافي غير المصر تعتبره كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم أقول إطلاق مسئلة الكتاب وإطلاقات عامة الاعتبار في أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد ولا يظهر أثره في الدين من حيث الإلزام فلو أوجبنا عليه الضمان لاخذ الحماكم وحسبه فيه فيكون رائداً على ما أوجبته وهذا لا يجوز (قوله الآن يكرهه السلطان) أي حينئذ لا حد على المكره إذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الآخر وأما في قوله الأول يجب الحد على المكره إذا زنى وإن كان المكره مسلطاً وهو قول زفر

موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يحسب لها المهر لأن الحد المهر لا يجتمعان قال عندنا بفعل وا- دوني كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطاء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر اظهرنا الخطر المحل سواء كانت مستكره على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الأذن له ليس يحل الوطاء فكان اذنها لغوا لكونها محبورة عن ذلك شرعاً

(قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الأول التزاماً وفي الثاني صريحاً (قوله فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكمه) أقول قال الاتقاني الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع اه فقول الشارح فان اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا) كرهه على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة تتعاقب الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لم يكفر وفي قوله شك) وكان الإيمان ثابتا يتبعين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البيئونة ويجوز أن يجعل (له دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) (١٨٣) المترتبة على الكفر (بالشك فان

قالت المرأة قد بنت منك

وقال الرجل قد أظهرت

ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان

فأقول قوله استحسانا وفي

القياس القول قولها فتقع

الغرفة لان التكلم بكلمة

الكفر سبب لحصول البيئونة

كالتكلم بالطلاق فيستوى

فيه الطامع والمكره كافي

الطلاق وجه الاستحسان

(أن اللفظ) يعني كلمة

الكفر (غير موضوع

لغرفة) يعني لم يظهر فيها

ظهورا يبين من حيث الحقيقة

حتى يكون صريحا يقوم

اللفظ فيه مقام معناه كما

في الطلاق بل دلالة عليها

من حيث ان اللفظ دليل

وترجمته في القلب فان دل

على تبديل الاعتقاد المستلزم

للفرفة كان دلالة عليها دلالة

بجواز وقوع الاكراه لا يدل

على التبديل فضلا عن أن

يكون صريحا يقوم لفظه

مقام معناه (فلهذا) كان

القول

قال المصنف (واذا) كرهه

على الردة لم تبين امرأته منه

أقول قال العلامة الزيلعي

هذا اذا قال لم يخاطر بي إلى شيء

وفوت ما طلبتني وقلبي

مطمئن بالإيمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجوده والخلص واجابة ما طلب منه في حاله الاكراه مرخص له دون

غيره من الاحوال حتى لو خاطر ببالة أنه لو كرهه العدو على كلمة الكفر فاجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لانه رضى

باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظيره ما لو فوى أن يكفر في وقت المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله ويجوز أن يجعل كراهه

دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

قال (واذا) كرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعاقب الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للغرفة وهي تبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله

القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصير مع تبرر بالايجاع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة السكاب وتبصر سائر المعبران قال الامام قاضيان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجبي من السلطان فهو الاكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسئلة الزنا وصورتهما غير السلطان اذا كره جلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قوله ما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا الاختلاف في عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف لردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه أمر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سامة أن ما قاله اغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متعديان في المعنى وانما التفرار بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى فاما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدوا جعلهما دليلين مجرد تفرار بينهما في اللفظ فلامعنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله) فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للغرفة وهي تبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المثل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للغرفة يعني لم يظهر منها ظهورا يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كفي الطلاق بل دلالة عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمته في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرفة كان دلالة عليها دلالة بجواز وقوع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا يقوم لفظه يقوم لفظه مقام معناه فهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبديل

رحمه الله ثم جمع وقال لا حد عليه اذا كان المكروه سلطانا (قوله) فالقول قوله استحسانا) قيده لان في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كلفظ الطلاق

قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما اجتمعت (أن يكون لفظة توافق اعتقاده) واحتمل (أن لا يكون لفظة) (وجننا الاسلام في الحالين) قيل أي في حال (١٨٤) الاكراه على الرد والاكراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافراً

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما اجتمعت واحتمل وجننا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس يسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارنة للقتل ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانتم حكماً لاديانته لانه أقر أنه طابع باتيان ماله بكرة عليه

الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتهم عليها دلالة تجوز يتلايكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملاً في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقيقة ولا مجازاً وانما هي أي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردى، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية متحمزة فكان ان فهمها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصل فصار من قبيل مستنبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المجازية من المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا المجازية عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضاً قلت هذا المعنى مع كونه مخالفاً للعرف والاصطلاح بالسكينة باباً، جداً قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهوراً ايضاً من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المحمل الغيد المطابق للمشروع ماد كره صاحب النهاية معز بالي الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والا كراهه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذلك في الايضاح اهـ (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما اجتمعت واحتمل وجننا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور والماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاعيان هو التصديق والافرار بالاسان شرط اجراء الاحكام وائس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الافرار ركناً انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور والماتريدي مع تحشيتهم على المذهبين معاً بل تحشيتهم على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الافرار اذا كان ركناً من الاعيان كان المكروه على الاسلام آتياً باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتقاه الاخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الاعيان هو التصديق وكان الافرار شرطاً لاجراء الاحكام فانه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الاعيان في المكروه على الاسلام وانما يكون التحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الاعيان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف ينشئ ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الافرار ركناً من الاعيان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على الاسان لانه ينتفي الافرار اذا دل ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لا نناقول ان من قال بان الافرار ركن من الاعيان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركناً انما بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفواً واعتبر المركب موجوداً حكماً وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تحشى ما في الكتاب على هذا المذهب أيضاً في حال الاكراه على الاسلام والا كراهه على الكفر كما لا يخفى تأمل

ويستوى في ذلك الطائع والمكروه وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والا كراهه دليل على عدم تبدل الاعتقاد فلا تقع الفرقة (قوله ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانتم حكماً لاديانته لانه أقر أنه طابع باتيان ماله بكرة عليه)

في الصورة الاولى وجعل مسلماً في الصورة الثانية ترجيحاً للاسلام (وهذا في حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده الاسلام فليس يسلم) ولكن هذه اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور والماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاعيان هو التصديق والافرار بالاسان شرط اجراء الاحكام وائس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الافرار ركناً انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور والماتريدي مع تحشيتهم على المذهبين معاً بل تحشيتهم على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الافرار اذا كان ركناً من الاعيان كان المكروه على الاسلام آتياً باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتقاه الاخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الاعيان هو التصديق وكان الافرار شرطاً لاجراء الاحكام فانه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الاعيان في المكروه على الاسلام وانما يكون التحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الاعيان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف ينشئ ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الافرار ركناً من الاعيان يلزم أن يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على الاسان لانه ينتفي الافرار اذا دل ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لا نناقول ان من قال بان الافرار ركن من الاعيان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركناً انما بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفواً واعتبر المركب موجوداً حكماً وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تحشى ما في الكتاب على هذا المذهب أيضاً في حال الاكراه على الاسلام والا كراهه على الكفر كما لا يخفى تأمل

الطواغية لكنه يصدق ديانته لانه ادعى ما يحتمل لفظه

وحكم

(قوله) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور والماتريدي (أقول) فيه بحث خلفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقرير أن يكون الافرار ركناً فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وائس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا به أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي ذلك والضرر ورقة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستحقاق مع علمه أنه كفر فبين أمر أنه قضاء وديانة والحاصل (١٨٥) أن المكر على اجراء كلمة الكفر

على ثلاثة أوجه في وجه لا يكفر لقضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فمهما جيعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين أمر أنه ولم يكفر ديانة وذلك لأنه إذا أحرأها فلما أن يخطر ببالة غير ما طلب منه أولا والثاني

هو الاول والاوان خطر ببالة أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وأراد فهو الثالث وان لم يردده والثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسئلة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة الى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب * (كتاب الخبر) *

أورد الخبر عقيب الاكره لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا أن الاكره لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجركان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الدانة والاخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص

وحكم هذا الطائفة ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء ولا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر ببالة الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قرناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم * (كتاب الخبر) *

توقف * (كتاب الخبر) *
أورد الخبر عقيب الاكره لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا أن الاكره لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبا عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجركان أحق بالتقديم كذا ما لم يذكره عليه لأنه أكره على انشاء الكفر والاخبار غير الانشاء وهو طائع فيه ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عني به كذبا لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبينه لأنه نوى ما يمكنه لفظه (قوله وحكم هذا الطائفة ما ذكرناه) إشارة الى قوله بآنت منه حكم لا ديانة (قوله ولو قال أردت ما طلب مني) أي الانشاء وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت منه ديانة وقضاء لأنه بعد ما خطر ببالة قد تمكن من الخروج عما ابتلى به بأن ينوي ذلك والضرر ورقة تعدد بهذا الممكن فاذا لم يفعل ذلك وانشأ الكفر كان بمنزلة من أجرى كلمة الشرك طائعا وذلك لأنه لما خطر ببالة الاخبار بالكفر كاذبا يمكنه التخلص عما أكره عليه باقل مما أكره عليه وهو الاخبار عن الكفر في الماضي كاذبا دون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى والاخبار عن الكفر كاذبا في الماضي كفر في القضاء وأما فيما بينه وبين ربه فليس بكفر ومنى أمكن للمكره دفع ما أكره عليه باقل مما أكره عليه فان يأتي بالزيادة يجعل طائعا في الزيادة لأنه لا حاجة الى الزيادة فقد انشأ كفر طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما إذا لم يخطر ببالة الاخبار عن الكفر فيما مضى بالكذب لان هناك لا يمكن دفع الاكره الا بعين ما أكرهه عليه ويجعل مكرها والمكره على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه والوجه الثالث وهو ان يقول لم يخطر بي إلى شيء لكن كفر بالله كفر مستقلا وقلبي مطمئن بالايمن فلا تبين منه أمر أنه استغسانا لأنه لم يخطر ببالة سوى ما أكره عليه فكانت الضرورة متحققة ومع تحقق الضرورة يرتخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمن (قوله وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب) أي على السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي بآنت منه قضاء ولا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام وقد خطر ببالة الصلاة لله وسب غير النبي بآنت ديانة وقضاء لأنه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لأنه لما خطر ببالة شتم محمد غير النبي قد وجد مخرجا عما ابتلى به ثم لما ترك ما خطر على باله وشتم محمد النبي عليه السلام كان كافرا وان وافق المكره فيما أكرهه لانه وافقه بعد ما وجد المخرج عما ابتلى به فكان غير مضطرب في واقفته ومن شتم محمد النبي من غير اضطرار كان كافرا قال في الميسر وهذه المسئلة تدل على ان السجود لغير الله تعالى وجه التعظيم كفر وان لم يخطر ببالة شيء ثم إلى للصليب أو سب محمد أو قلبه مطمئن بالايمن لم تبين منك كونه لا قضاء ولا ديانة لأنه فعل مكرها لانه تعين ما أكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذا لم يخطر ببالة غيره * (كتاب الخبر) *

(٢٤) - (تكملة الفهم والكفاية) - (ثامن) مخصوص وهو الصغير والرفيق والمجتون وأسبابه مصادر هذا الاسامي وألحق بها الفتى المساجن

* (كتاب الخبر) * (قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الدانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول نوله هو في الموضوعين راجع الى الخبر وقوله وهي راجع الى الشفقة

العبد إلا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فانقضاء عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة وائنة وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده فإنه لو لم يثبت الحجر انفسد البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه دون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا عاك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب غير أن المولى إذا أذن فقدرضى بغوان حقه والمجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيئاً) أراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يحسن ويطبق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع بنعقد موقوفاً إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لا فائدة هذا الحكم أعنى كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهزل فإن بيعه

قال (الأسباب الموجبة للعجز ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا باذن وليه ولا تصرف العبد إلا باذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن المولى آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا تتعطل منافع عبده ولا عاك رقبة بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بغوان حقه والمجنون لا يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلها ذوق الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار أن شاء أجازة إذا كان فيه مصلحة توافقت) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيختبر في مصلحة توافقت ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدركن العقد فينعدم موقوفاً على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع

في الشروح ومن محاسن الخبر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر العبدانة والآخرة التعظيم لأمر الله تعالى وتحقيق ذلك إنا لله تعالى خلق الوري وفاوت بينهم في الخبر فجعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فأنبت الحجر عليهما من التصرفات نظراً من الشرع لهما لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما ما ليس لهما عقل كامل بردهما وغيره وانظر بردهما وكذلك حجر الصبي والرق في أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضرره ما يتوقع في حق الصبي وأما الرقة فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسبب التصرف على الرقيق بالخبر لرقه نظراً للمولى ثم إن الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي إذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور رأياً ولا نلائل الخبر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقاً بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفرغ عنه ما سببنا في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة تعنى الصغر والرق والمجنون فوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال وأما ما نأينا فلأن المجموع وعليه غير مخصص في الصغير والرق والمجنون بل المفتى المساجن والمغلوب الجاهل والمكاري لمفلس محجور وعليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعنيات وسيأتي في الكتاب شيئاً نسباً فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرق والمجنون تفسيراً ذو تقييد كاسد وبالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيّد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه نادر للمعذور الأول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالأولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشراء منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معصوف مخصوص وهو المستحق للعجز بحسب ما سببنا كان اه تدبر (قوله) الأسباب الموجبة للعجز ثلاثة الصغر والرق والمجنون هذه الثلاثة بالاتفاق والحق بما اشتق منها

هو في اللغة المنع ومنه سمي الخطم حجر لأنه منع من الكعبة وسمى العقل حجر لأنه يمنع من القبايح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون فانه تعالى خلق الوري على تفاوت بينهم في الخبي فجعل بعضهم ذوى الأهلى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فأنبت الحجر على هؤلاء نظراً فلا يجوز تصرف الصغير أى لا ينفذ (قوله) ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب أى الذى لا يعقل أصلاً (قوله) بحال أى في جميع الأحوال (قوله) كيلا يتعطل منافع عبده) يعنى لو لم يثبت الحجر انفسد البيع الذى باشره وكذا الشراء فيلحقه دون فيأخذ أرباب الدين أكسابه وهي منفعة المولى فيتعطل منافعهم (قوله) ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده) المراد

ليس لأفادته هذا الحكم (والولى بالخيار أن شاء أجازة إذا كان فيه مصلحة توافقت) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيختبر في مصلحة توافقت ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدركن العقد فينعدم موقوفاً على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده

الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينقذه ههنا موقوفاً على الإجازة وأجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشرة فاذ كان في شراء الفضولي وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقتنا قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره من الاشكال انما يرد على افظ لفظاً مختصراً القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى أمأهنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المدكور في القدوري (١٨٧) مذكورا ههنا وأورد الاشكال وهو

موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعى وكذا ذكره شيخى في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعنى الصغير والرق والمجنون (توجب الجحرفى الاقوال) يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يمتنع من ضررها كالطلاق والعاققة فانه يوجب الاعداد من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يمتنع من انقضاء قبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجر فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعنى ان المعاني الثلاثة لا توجب الجحرفى الاقوال (لان الشان ان الافعال لا مرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئاً لزمهما الضمان فى الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها

ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسد وهو المعتوه الذى يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا فى الوكالة فان قيل التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فلا يصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذاً عليه كفى شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذاً لعدم الاهلية أو لضرر المولى فوقتنا (قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرفى الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد له لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال

ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهى النفسى المباحن والمتطلب الجاهل والمكاري المفسد وأما جحر المدون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد وجهها الله كذا فى الشرح (أقول) قد طبقت كافة الفقهاء فى كتب الفروع على ادراج العتمة فى الجنون وجعل الاسباب الاصلمية المتفق عليها ثلاثة وهى الصغير والرق والمجنون وفى كتب الاصول على جعل العتمة قسماً للمجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية وبخلافه فى أكثر الاحكام فقد خالف اصلاً عنهم فى الفروع اصطلاحهم فى الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التى هى الصغير والرق والمجنون توجب الجحرفى الاقوال حتى أوجب التوقف فى الاقوال التى تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجحرفى الاصل بالاعداد فى حكم أقوال تتمحض ضرراً كالطلاق والعاققة فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه ذلك الطلاق كذا فى النهاية والسكناية قال صاحب العناية فى حل هذا المجل وههنا المعاني لثلاثة يعنى الصغير والرق والمجنون توجب الجحرفى الاقوال يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يمتنع منها ضرراً كالطلاق والعاققة فانه يوجب الاعداد من الاصل فى حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يمتنع منها انقضاء قبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجر فيه على العموم انتهى كلامه (أقول)

هم ولأه الصبي والعبد والمجنون الذى يحسن ويغنى وهو المعتوه الذى يصلح وكيلاً عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسد الذى ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقه الاجازة لعدم الانعقاد بقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكس موبقة وله ويقصده ان يقصد اثبات الحكم وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف فى تصرف العبد لحق المولى وفى الصبي والمجنون لحقه ما يتجرى المصلحة فى تصرف هؤلاء ولا يدان بمقتضى البيع ليجتنب ركن البيع فينقذ موقوفاً على الاجازة فان قيل التوقف يستقيم فى البيع أما الشراء فلا يتوقف بل ينقذ على المباشر قلنا شراء اذا وجدنا نفاذاً على المباشر ينقذ عليه كالفضولى اذا اشترى مال انسان لا خرقه فيه ينقذ عليه ولا يتوقف أما اذا لم يجد نفاذاً لعدم الاهلية كفى الصبي والمجنون أو لضرر المولى كفى العبد فيتوقف (قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرفى الاقوال) حتى أوجب التوقف فى الاقوال التى تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء وأوجب الجحرفى الاصل بالاعداد فى حكم أقوال تتمحض ضرراً كالطلاق والعاققة فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يمكنه الطلاق (قوله لا مرد له لوجودها حسا ومشاهدة) فانه

الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا اتلاف (بخلاف الاقوال

(قوله وكذا ذكره شيخى فى شرحه) أقول أراد السكاكى (قوله يعنى ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما تمحض ضرراً وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما سجدت الضمن هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعداد من الاصل) أقول فلا ينقذ (قوله فى حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول فى البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

لان اعتبارها موجودا بالشرع والقصد من شرطه

خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقتوال المترددة بين النفع والضرر حيث قال أعني ما تردد من هاتين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تمحض نفسه أو ما تمحض ضررا أو كان فائدة أخرج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الجرح فيه أصلا دون فائدة ثبوت إخراج الثاني لثبوت الجرح فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الجرح أيضا حيث قال أي هذا المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبء وأشار بذلك الى عدم ثبوت الجرح في هذا المعنى المخصوص فيما يتعمض ضررا من الاقوال وتنبه عليه بقوله وأما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعقاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب علسك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيص المذكورين يلزم اذ ذلك محذور وان أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما لم معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجرح في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالبيع ان شاء أجزاه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة لا تجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمض ضررا من الاقوال كالطلاق والعقاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجرح في الاقوال وقد أدرج فيه في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تغريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بغناء التقرير في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجرح في الاقوال دون الافعال فتعين التقرير بغير بنفس عبارته فالوجه عندى أن اللام في الاقوال في قوله توجب الجرح في الاقوال للجنس وأن المراد بإيجاب الجرح في قوله توجب الجرح في الاقوال ما يعم إيجاب التوقف على الاجازة كافي الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعدام من الاصل كافي الاقوال المتحصنة للضرر فلا يحتاج الى إخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تغريعا بالمسائل الآتية بأمرها عليه ولا يضر عدم تحقق الجرح في الاقوال التي تتعمض نفسا لان تحقق الجرح في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجلا وما فرغ عليه من المسائل تبينه لنا جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الجرح وما لا فلا تأمل توقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودا بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعقاق والغفوع عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة

اذا قتل انسانا أو قطع يده أو أراق شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدي الى ان لا تكون المقتول والمقطوع والمرامق مقتولا ومقطوعا وما قاتلوه ودخلوا في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع أما الانشآت فظاهر اذا التعلق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا بالشرع وأما الاخبارات كالاقرار والشهادات فوجه اعرف شرعا لانهم ادلالات على المنع عنه فيجوز ان لاتقع دلالة لانهم لا يتحمل الصدق والكذب بذاتها (قوله والقصد من شرطه) أي القصد شرط اعتبارها موجودا اذا الكلام المتعبر بما يكون موجودا بصورة وبعنه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهم ما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فانما اذا انقلب على مال انسان وأتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان القصد فعلا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالحذود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل (قوله

لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشر وطبه وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله

(قوله لان اعتبارها حال كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة لا احكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والاحكام

فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها بقدمها وجبت لا يمكن أن تجعل غير موجوده والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدوا وقد يقع هزلا فلا بد من (١٨٩) القصد ألا يرى أن القول من الحر

العاقل البالغ إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الأفعال فأنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الأذا كان) استثناء من قوله لا مرد لها يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مرد لها لكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحقوق والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دائمة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمسؤول بالخيار وإنما أعاد هذه المسئلة تغريها على الأصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاتسوال لتساق القوليات في موضع واحد وقوله (لما يننا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) روى الترمذي عن أبي هريرة (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها

(الأذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحقوق والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما) لما يننا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه

في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا يصح معتبرا في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الأصول مع أن الهزل ينافي القصد لا محالة فإن عدم القصد والإرادة معتبرا في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فإن قيل الأقوال مر جوده حسا ومشاهدة فبالبالها شرط اعتبارها مر جوده شرطا بالقصد دون الأفعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الأقوال المر جوده حسا ومشاهدة ليست عين مدلولها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها بقدمها وجبت لا يمكن أن تجعل غير موجوده والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدوا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الأفعال فأنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أمافي الأول فإنه غير منتهى في الانشآت لانهما لا يمكن تخلف مدلولاتهما عنهما ولا يخفى أن أكثر الأقوال المعتبرة في الشرع في إفاضة الأحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يتم التقرير وأمافي الثاني فإنه منتقص ما تناسل في الجدل والهزل من الأقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما نذكر تفهيم (قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمسؤول بالخيار وإنما أعاد المسئلة تغريها على الأصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاتسوال لتساق القوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي والمجنون العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فإنه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لأن بيعه ما سائر تصرفاته الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجاز له أو لا أجاز له بقوله والصبي من لا يعقل أصلا وبقوله والمجنون الذي لا يعقل أصلا فينذير بحري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مسامح لذلك الاحتمال لأن جعل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعد القاعدة فإن المعرف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهودا عما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما فقط فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدتين لأخصت خصوصتهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلا بد أن يدعى ما ههنا ذلك القسم العيين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذ كور في كتاب الحجر أصلا في موضع ذكر تلك الأحكام هنا لم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فليز أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فسادها ولا يخفى تلجن في وهمل أنها تفهم مما ذكر دلالة لان

الأذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات) استثناء من قوله لأنه لا مرد لها

موجوده شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن يدين القصد (قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ (الخ) أقول أراد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

رضي الله عنه (والاعتناق: محض مضرة) (١٩٠) لاجتماع (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق

والاعتناق: محض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان أتلغاشيا) (زمهاضمانه) احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب الثائم عليه والخطأ المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر عيال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك

سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كالأجنبي (قوله والاعتناق: محض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتناق: محض مضرة لاجتماع (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتبين الاخلاق وتناظر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولاً فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما دمرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتحضر ضرراً اللهم الآن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانياً فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحة في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لان عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقريرها تبين العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحة في غير الطلاق يكون ذلك كرهاً والغوا في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أي لا وقوف للولي على مصلحة الطلاق لان ذابعتد العلم بتبين اخلاقهما وتناظر طبعهما اذا بانغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لا مكان وقوفه على المصلحة (قوله والحائط المائل بعد الاشهاد) الحائط اذا تلف به شيء يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه (قوله بخلاف القول على ما بيناه) أي من ان القصد من شرطه (قوله لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم) لان الحدود والقصاص من خواص الأكمينة وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكاً من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بما فاذا بقي على أصل الحرية قيمها ينفذ اقراره فيها لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق يقتضى ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا السابق على أصل الحرية فيه مما يكون هذا اقراراً بالحدود والقصاص لان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضى ان يصح ولا يقال انه خص من الاقرار بالمال لان النص لم يقتضه اقراره بالمال بل يقتضى حق الغير والنص يتناول الاقرار على نفسه فان قيل يحمل النص على الحر دفعاً للتعارض قلنا يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض

بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أي في الحال (فعدم الشهوة) وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتبين الاخلاق وتناظر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرة أي الولي (بخلاف سائر العقود) وقوله (وان أتلغاشيا) بيان تفريع الافعال على الأصل لمذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط وقوع الحائط ومع ذلك يجب اضمكان (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما يروينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام كل مطلق رافع الاملاك الصبي والمعتوه) كلاً من ظاهر

فسره باعتبار موافقة اخلاق) أقول أي وجوداً

عدماً (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن لا لا يملك من تلك المصلحة التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان أتلغاشيا بيان تفريع الافعال على الأصل المذكور) أقول فيه بحث

(وينفذ طلاقه) لما روينا ولوله عليه الصلاة والسلام لا عليك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف
بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منفعته فينفذ والله أعلم بالصواب

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرف في ماله جائز وان كان مبدرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر
على السفه ويمنع من التصرف في ماله)

(باب الحجر للفساد)

أنحر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه مما روي به سبب الحجر ههنا مكتسب والسماع في التأثير
أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم
قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعثرى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب
الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل
والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معنى السفه على الوجه المذكور شيئا ما في الاول فهو أن العمل
بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في
المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجة وأما في
الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع
فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفه اذ لا مساع لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى
الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب
حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللزم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه
لامكان العمل بخلاف ما وجه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف
مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه من تركه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفه بالسفه وأما الحجر عنه
بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو أمر آخر وذاك
لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضرر أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال
في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول
أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا اهـ (أقول) ليس هذا الكلام بسديد فان أكثر
مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كقوله وان أعنت عبدنا غنمته وقوله ولود برعبد جاز

(قوله) وينفذ طلاقه لما روينا) أراد به ما ذكر قبيل هذا وهو كل طلاق واقع الاطلاق الصي والمعتوه والله أعلم
بالصواب

(باب الحجر للفساد)

اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والعفة وعندهما
يجوز بغير الفسق وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل وانما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع
الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وما يحتمل الفسخ وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق
والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجاعا وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو
العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجة والسفه من عاذنه التبذير والاسراف
في النفقة وان يتصرف بتصرفات لا غرض أو اغرض لا يعده العقل من أهل الديانة غرض مثل دفع المال الى
المغنين والاعابين وشراء الحمام الطيارة بنم غال والغبن في التجارة من غير محبة وأصل المسامحة في التصرفات
والبر والاحسان مشروع الا أن الافرأ حرام كالاسراف في اطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا
أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا (قوله) يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) بان يحرق ماله أو يلقيه

(باب الحجر للفساد)

أنحر هذا الباب لان ما تقدم
عليه متفق عليه وهذا مختلف
فيه والمراد بالفساد ههنا هو
السفه وهو خفة تعثرى
الانسان فتحملة على العمل

بخلاف موجب الشرع

والعقل مع قيام العقل وقد

غلب في عرف الفقهاء على

تبذير المال واتلافه على

خلاف مقتضى العقل

والشرع (قال أبو حنيفة

رحمه الله لا يحجر على الحر

البالغ العاقل السفه

وتصرف في ماله جائز وان

كان مبدرا مفسدا يتلف

ماله فيما لا غرض له فيه ولا

مصلحة) كاللحاق في البحر

والاحراق بالنار (وقال أبو

يوسف ومحمد والشافعي رحمه

الله يحجر على السفه ويمنع

عن التصرف في ماله) غير

أن الحجر عليه عندهما يؤثر

في حق تصرف يتصل بماله

ولا يصح مع الهزل والاكراه

البيع والاجارة والافسار

بالمال ولا يتسمل بماله

صكا لا قرار بالحدود

والقصاص أو ينصل به

لكنه يصح مع الهزل

كالنكاح والطلاق

والعتاق فالحجر لا يعمل

فيه حتى مع منه هذه

التصرفات بعد الحجر على

ما سيجي

(باب الحجر للفساد)

لانه مبذور ماله بمرقه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحصر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا ينفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

واستدل المصنف رحمه الله
بقوله (لانه مبذوره بسرفه
لاعلى الوجه الذى يقتضيه
العقل و) كل من هو كذلك
(يجبر عليه نظرا له كالاصى)
فهذا يجبر عليه (بل أولى
لان ا ثابت فى حق الصبي
احتمال التذير وفى حقه
حقيقته والدليل على صحة
هذا منع المال منه والمنع
لا يقيدون الخجل لانه يتلف
بلسانه ما يمنع من يده)
وهذا الذى ذكره من
الدليل انما يصح على قواها
فاما على قول الشافعى رحمه
الله فلا يصح لان جبر السفيفه
عنده بطريق الزجر
والعقوبة عليه لا بطريق
النظر له والقائده تظهر
فما اذا كان السفيفه مفسدا
فى دينه مصلحا فى ماله
كالغاسق فعنده يجبر عليه
زجرا وعقوبة ولا يجبر
عليه عندهما

وقوله ولو جاء متجاربته بولد فادعاه ثبت نسبته منه وكان الولد حراً والجارية أم ولده وقوله وان تزوج امرأة جاز
نكاحها وان سعى لها مهر اجاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله
وتخرج الزكاة من مال السفينة وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فان أراد
حجة الاسلام لم يمنع منها ولو ادرعمة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير
جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصححاً لماله وانما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة
وصاحبين مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والابتداء أحدهما
مسئلة أنه لا يحجر السفينة عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وأخرها مسألة أن الغلام البالغ غير وشيد اذا بلغ
خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند أبي حنيفة وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله أبداً حتى
يؤنس منه رشد وواحدة منهما مذكور في آخر الباب في الهداية وتوجد ها هي مسألة أن يحجر القاضي
بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين الأولىين أصلاً في الذكرو قوله ما تبعه فلم
يبقى من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما ماله على قوله الاثنا عشر الاخرية المذكورة في الهداية وحدها
فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة * ثم
أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم أن تلقيب هذا الباب باب الحجز للفساد مبنى على قول أبي يوسف ومحمد لا على
قول أبي حنيفة فإنه لا يرى الحجز للفساد والسفلة أصلاً لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذرماله بصرف
لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف
بقوله لانه مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراً له كالصبي فهذا
يحجر عليه اهـ (أقول) تقرره وغيره مطابق للمشروح اذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفينة
على الصبي قياساً تقررياً وجوب الحجز ورشد اليه قطعاً وقوله فيما سياتى من قبل أبي حنيفة ولا يصح القياس
على منع المال ولا على الصبي وقد قررّه الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدور الكبرى السكينة وجعل
قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبى الهداية والعناية قالاهذا الدليل الذى ذكره المصنف انما
يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعى لان حجز السفينة عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه
لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كانت السفينة مفسدة في دينه مصلحاً في ماله
كالفاقد فعند الشافعى يحجر عليه جزاء عقوبة وعندهما لا يحجر عليه اهـ (أقول) فيه نظر لان من كان
مصلحاً في له لا يسمى سفينة ان عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في
عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله اذا كان
مفسدة في دينه يسمى بالسفينة على معناه الاصلى فلا يجدى نفعاً هنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفينة في عرف
الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعى ولو كان الفاسق داخلاً
في السفينة في عرفهم لما حرم بيان الحكم بالوجوه المذكورة فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سأتى في

في البحر وما أشبه ذلك (قوله ولهذا منع عنه المال) أجبر على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ حسا وعشرين سنة فإذا بلغ لا يمنع منه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما دام المنع مادام السخية (قوله أنه مخاطب) في هذا الوصف اغاورة إلى أهلية التصرف لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيلاء جريا على موجب التكليف والاستيلاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال وذلك بالتقليد والملك وبالعمل ثبت أهلية النميز والشرع جعل الرشدين سبيلان التصرفات تقليدا وكاوعلا كالهذا المعنى وأنه موجود في حق السخية لأنه مكاف عاقل

(ولابي حنيفه رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) وتوقض بالعبادة مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب
بأنه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر
والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالخمس والجمعة (١٩٣) والعبد والشاهد وشطر الحدود

وغيرها ولو ضم الى ذلك حر
سقط الاعتراض (وهذا)
أي عدم الحجر (لان) في
الحجر سلب ولا يتوزى سلب
ولا يته اهدار آدميته) وهو
ظاهر (قوله ولا يصح
القياس على منع المال)
جواب عن قوله ما واهذا

ولابي حنيفه رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد وهذا الان في سلب ولا يته اهدار
آدميته والخافه بالهائم وهو أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع
ضرر عام كالحجر على المنطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفسد جاز فجاز ويؤى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى
بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه
وهذا قادر عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان
غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل
حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء لا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه

الكتاب (قوله ولابي حنيفه أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) قيل يشكل هذا بالعبادة فانه
مخاطب عاقل أيضاً ومنع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر مخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف
الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية
والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالخمس وصلاة الجمعة والعبد والشاهد وشطر
كالرشيد فكان بسبيل منه (قوله فلا يتحمل الاعلى) أي الحجر لدفع الادنى وهو التبذير وهذا الان نعمة
المال نعمة زائدة واطلاق اللسان نعمة أصلية لان الادنى انما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات
(قوله كالحجر على المنطبيب الجاهل) فانه يسقى الناس في أمرهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك ولا يعلم
(قوله والمفتي الماجن) الماجن الذي لا يملك ما صنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل
من باب طلب كذا في المغرب وفي الذخيرة المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الخيل الباطلة بان يعلم المرأة حتى
ترتد فتبين من زوجه ما يعلم الرجل ان يرتد نفسه قطعاً عنه الزكاة يسلم ولا يبالى أن يحرم حلالاً ويحلى حراماً
فضررهما تعد الى العامة (قوله والمكاري المفسد) هو الذي يتقبل الكراه ويؤجر الابل وليس له ابل
ولا غيرهما يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب والبأس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويتصرف هو
ما أخذ منهم في حاجته واذا جاءه أو ان الحجر وجب يخفى هو نفسه فتذهب أموال النالور بما يصير ذلك سبباً
لتقاءهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد هذا الشخص متعدد أيضاً والحق الضرر الخاص لدفع
ضرر العام جائزاً ماضراً والمجور والمختلف فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون المجور والمختلف فيه نظير
هو لا مجور في الحجر في حق هؤلاء بل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى للسفيه ولياً بقوله
تعالى فليعلم وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من أهل التأويل (قوله ولا يصح القياس
على منع المال هذا جواب عن قوله ما واهذا منع عنه المال) أي اذا بلغ سفهها يمنع عنه المال بالاتفاق
(قوله لان الحجر أبلغ منه في العقوبة) أي لان الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده في العقوبات
لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق اللسان واعتبار البيان نعمة أصلية فبيان جواز الحق ضرر
يسير وهو المنع عن المال بتقويت نعمة زائدة لا يدل على جواز الحق الضرر العظيم به بتقويت النعمة
الأصلية (قوله لانه عاجز عن النظر لنفسه) يعني ان الصبي لما كان يحجر عن النظر لنفسه مست الحاجة
الى صبر وروية الغير وليه فيصير الصبي مولى عليه والمولى عليه لا يلى التصرف أما السفيه فقادر على النظر
لنفسه لانه أعطاه آله القدرة من العقل والبلوغ وان كان يعدل عن سنن العقل (قوله ومنع المال
مفيد) هذا جواب عن قولهم ما واهذا لا يفيد (قوله لان الحجر منه فتوى) هذا جواب عما يقال تصرف المجور

منع عنه المال وتقر به أن
منع المال منه ليكون هو
بطريق العقوبة عليه وجزا
له على التبذير والحجر أبلغ
منه في العقوبة لما ذكرنا
فلا يقياس عليه وقوله ولا
على الصبي) جواب عن
قولهما اعتباراً بالصبي أي
لا يقياس السفيه على الصبي
(لانه عاجز عن النظر لنفسه
وهذا قادر عليه نظره
الشارع مرة باعطاء آله
القدرة) لما ذكرنا أنه
عاقل (والجري على خلافه
لسوء اختياره) فكان
قياس قادر على عاجز وهو
فاسد وقوله (ومنع المال
مفيد) جواب عن قوله ثم هو
لا يفيد بدون الحجر يعني أن
منع المال بدون الحجر مفيد
(لان غالب السفه) انما
يكون (في الهبات والصدقات
وذلك يقف على اليد) أي
لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن
في يده شئ يمنع عن ذلك

وان فعل لم يفيد (قوله واذا حجر الخ) تفريع على مسئلة الحجر

(٢٥) - (تكمله الفقه والكفايه) - (ثامن)

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد مخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذا مال له
ولا مخاطب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث

ومعناه أن القاضي ان جحر على المسغبة على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فبطل جحره وأطلق جحره تصرفه وكان الواجب أن لا يجوز لأن قضاء علاقي بمجهدافيه منقضاء باطل وانما جاز لان الجحر من انقاض فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال (١٤٤) بعيد وهو أن يجعل المسغبة مقضيا له من حيث ان الجحر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه

فان أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع تصرفه بعد الجحر الى القاضي الجاحر أو الى غيره فقتضى ببطلان تصرفه وصحة الجحر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة قرحه الله اذا بلغ الغلام سقيا منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة ونصرت فانه قبل ذلك ناهية لانه لا يجوز عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشه وتساع عبارته في الجمع بين الابدوح حتى ظاهر (ولا يجوز) تصرفه في ماله لان دلة المنع السقيمة فيبقى ببقائه كالصبا ولا ي حنيفة قرحه الله أن منع المال عنه بطريق التاديب وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السقيمة لكن المعلوم هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة فظاهر او غالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل

ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الجحر الى القاضي الجاحر أو الى غيره فقتضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمس وعشرين سنة فان تصرفه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمس وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشه ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السقيمة فيبقى ما بقى العلة وصار كالصبا ولا ي حنيفة قرحه الله أن المنع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا لا يرى أنه قد يصير جدا

الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة تحمل الكلام لان الكلام في الجحر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا ماله فلا تصرف له في الماله ولا خطاب فيه هذا بدع ما في النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقل فان ماله ليس يعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لاحتماله (قوله وقال لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشه) قال صاحب العناية وتساع عبارته في الجمع بين الابدوح حتى ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بان يحتمل الابدع على الزمان الطويل الممتد كما حصل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدافع بين الابدوح حتى (قوله ولا ي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا لا يرى أنه يصير جدا

بالسقيمة بحكم القاضي ينبغي أن لا ينفذ أصلا عند أبي حنيفة قرحه الله ولا يكون لقاض آخر أن يبطل الجحر لان القضاء الاول لا يلقى بحمل الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون قوی وليس بقضاء وهو على قول محمد رحمه الله ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه حتى كان مفسدا ماله وعند أبي يوسف رحمه الله وان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه ثبت بقضائه ماله يمكن ثباتا ولكنه فتوى من وجه لانه لم توجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الجحر فرفع الى قاض وجرت الخصومة بينه وبين عاقده فنقض القاضي عليه باطل التصرف وصحح الجحر فانه يصير متفعا عليه فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة في ذلك لا يصير متفعا عليه لانه فتوى وبعد الخصومة صار متفعا عليه (قوله ولو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن جحر القاضي قضاء بان يجعل السقيمة مقضيا له من حيث ان الجحر ما ثبت الا نظره والقضاء بالجحر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء آخر لئلا ينفذ هذا القضاء (قوله ولا ي حنيفة قرحه الله أن منع المال عنه بطريق التاديب) يعني أن منع المال عنه على طريق مشايخنا ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي فالعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدعي عليه اسقاط شهادة القاذف فانه منهم حده عندنا لا نأقول انما كان كذلك لكونه تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد لا مقصودا بنفسه (قوله ألا ترى أنه يصير جدا

مدة البلوغ في الازال وهو اثنا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلم يزد في الثاني أن يجعل معارضة فيقال ماذا كرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينبغي وهو أن منع المال عنه بطريق التاديب الخ

(قوله ومعناه أن القاضي ان جحر على السقيمة على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضي (قوله فصار محلا) أقول يعني فصار نفس القضاء محلا (قوله وتساع عبارته في الجمع بين الابدوح حتى ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقرينة قوله حتى

(قوله ولان المنع) دليل آخر وتقر به أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتباره أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد ذكر ذلك خمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرى بمن البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد ذكر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله من (١٩٥) واصبها نكح بالصلاة إذا بلغوا سبعا

(ولهذا قال أبو حنيفة رحمه

الله لو بلغ رشيدا ثم صار

سفيها لا يمنع عنه المال لانه

ليس بأثر الصبا) فان قيل

الدفع معلق بایناس الرشد

فما لم يوجد لا يجوز الدفع

اليه وأجيب بان الشرط

يوجب الوجود عند الوجود

لألعدم عند ألعدم سلمناه

لكنه منكر براديه أدنى

ما ينطلق عليه وقد وجد

ذلك اذا وصل الانسان الى

هذه الحالة اصبر ورة فروع

أصلا فكان متناهيافي

الاصالة قال (ثم لا يتأتى

التفريع على قوله) أراد

أن التفريع الذي ذكره

القدوري في مختصره بقوله

فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على

قول أبي حنيفة رضي الله

عنه (وانما التفريع على

قول من يرى الحجر فعندهما

لما صح الحجر لا ينفذ بيعه

اذا باع لتظهر فائدة الحجر

عليه) فيكون موقفا

(فان رأى الحاكم فيه مصلحة)

بان كان بمثل القيمة أو كان

البيع راجحا وكان الثمن

باقيا في يده (أجازه) وان

كان الثمن أقل من القيمة أو

كان البيع خاسرا ولم يبق

الثمن في يده، لم يجزه لان فيه

ضررا به لخسار ورجح المبيع

في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله (وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفير الفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف

في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السبق لكن المعلوم هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة طاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة قبال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عذرنا ما ينفيه وهو أن يمنع المال عنه بطريق التاديب الخ اه كلامه وقد اقتضى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير روجه الاول على ما ذكره اضل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السبقه وادعاء ان المعلوم هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السبقه بعدها أيضا ولا شك أن يتخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامام فيبقى مابقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير روجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السبقه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتهت العلة بانتفاء أحد جزأيه وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كقولهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بایناس الرشد فلو لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة اصبر ورة فروع أصلا فكان متناهيافي الاصالة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيافي الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشديه سلمناه لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا باع خسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشدا اللهم الا أن يراد بالرشد هناك الرشدا الكامل لكن لا يساعده اللفظ وياباه دليله تامل تعف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظره فيتحري المصلحة فيه) قال في العناية استدلل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب

في هذا السن) وذلك لان أدنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لسنة أشهر لان أقل مدة الحمل سنة أشهر ثم يبلغ ابنه باثنتى عشرة سنة ثم يولد له ابن لسنة أشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة ولو فرضناه قام الابن البنت تصير جدا في اثنتين وعشرين سنة لان أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث ولما صار جدا صار فرعه أصلا فكان الجدة متناهيافي في الاصالة فاذا لم يؤنس رشده في سن تناهت اصلته عرفنا أنه انقطع رجاء التاديب منه فلامعنى المنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان للتاديب وهو لم يبق محلا للتاديب في حق ماله (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا

عن يده بدون أن يكون فيه فنى من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ودباب ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفهي ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفهي لا ينفذ كما تقدم فان قيل فعلام

(قوله سلمنا) لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى السكامل كما سلف من الشارح في آخر الصحيفه السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور وسندا للمنع هو ان يكتفى الاحتمال فيه (قوله أو كان البيع خاسرا) قول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا

التوقف أجاب بقوله (النظر له فان الحاكم نصب ناظره فيجري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف (١٩٦) رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهتدأ آدميته

للفطره وقد نصب الحاكم ناظره فيجري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعذر محمد لا يجوز لانه يبلغ محجوراً وعنده اذا العلة هي السفيه بمنزلة انصابه على هذا الخلاف اذا بلغ رشداً ثم صار سفيهاً (وان أعنتى عبداً فذمتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر في الهزل يؤثر في الخ ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه على نهج كلام العقلاء لا اتباع الهوى ومكاراة العقل لانه نقصان في عقله فكذلك السفيه والعق من الا يؤثر في الهزل فيصح منه

(والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجع وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجوراً) عليه عنده اذا العلة عنده هي السفيه بمنزلة العبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشداً ثم صار سفيهاً) عند أبي يوسف بصير محجوراً حتى يقضى القاضي وعند محمد بصير محجوراً راجعاً للسفيه (وان أعنتى عبداً) يعني بعد الحجر (نفذتقه عندهما وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يختص قوله بما بالذكر احترازاً عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للعصر عند بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقترار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كذا كرم في الكتاب (و) وذكر أن الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر في الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على

الجواز ودان ركن التصرف اذا وجد من أهله وجب ذلك والسفيه ليس باهل وأجيب بانه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا يتغير فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظره فيجري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ودفع بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا المبدأ على الجواز فقط اهـ (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بالنظر الخ فصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود ونصدي الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله) والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر في الهزل يؤثر في الحجر ومالا فلا لانه والعق مما لا يؤثر في الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه

وهو في أوائل البلوغ) لان أول أحوال البلوغ قد لا يفارق السفه باعتبار اثر انصابه بقاء أثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الانصبا وحدث ضرب من الرشيد لا يخاله لانه حال كمال له فقدر وي عن ابن عمر رضي الله عنه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمساً وعشرين وقال أهل الطبائع من بلغ خمساً وعشرين فقد بلغ رشده ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمانى عشرة سنة فقد نأمة القرب منه بسبع سنين اعتباراً وبمدة التمييز في ابتداء على ما أشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله من واصلها بكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (قوله) دائر بين الضرر والنظر) لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر فبقى ملكه كما كان في ابقاء المالك له نظر وفي اهتدأ قوله ضرر ومثله هذا لا يرجح أحد الجانبين منه الا بقضاء القاضي فوضيحه أن السفيه ليس بشئ محسوس وانما يستدل به بان يغيب في التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستحلاب قلوب المجاهزين فاذا كان محتملاً متردداً لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي (قوله) لانه يبلغ محجوراً وعنده اذا العلة هي السفيه والفرق لمحمد رحمه الله بين حجر السفيه حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المدون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فانه شبه الجنون ونم يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا ههنا وأما الحجر بسبب الدين ليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي لان له ولاية عليه في عمله بحره فاما الغريم فلا ولاية فلا يجوز بحره (قوله) لان السفيه في معنى الهازل) فان قيل ان السفيه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا أعنتى عبداً لا يجب السعاية على العبد فينبغي أن يكون السفيه كذلك قلنا الحجر على السفيه للنظر والنظر في السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور (قوله) والاصل عنده) أي عند الشافعي رحمه الله أن الحجر

نهج كلام العقلاء لا اتباع الهوى ومكاراة العقل لانه نقصان في عقله فكذلك السفيه والعق مما لا يؤثر في الهزل فيصح منه والاصل انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز لا انعقاد (قوله) بل احترازاً عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كيدل عليه تعمير بمختلف الشافعي

منه وفيه بحث من أوجب الأول أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذ القاضى وكذا لو نذر بهدى أو غيره لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جدهن وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور وانما يصح في حق السفيه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانه قصصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضعاف المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذور وعن الثاني (١٩٧) ماسيجي في الكتاب وعن الثالث أن

قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يؤيل الخطأ ولا يخرج من أن يكون أهلا للزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الاطلاق كالرقيق والاعتناق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالقرار بالحدود والقصاص وههنا لاحق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الحجر بمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب لعدم قبوله الغشغ) فيجب رده براد القيمة كما في الحجر على

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الاطلاق كالمرقوق والاعتناق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر بمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده براد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو وجبت انما تجب حقا لمتنقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لخلق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه لو جيب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيا

الاول ان السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذ القاضى وكذا لو نذر بهدى أو غيره لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جدهن وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه السعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور وانما يصح في حق السفيه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانه قصصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضعاف المقصود من الحجر لامكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذور وعن الثاني ماسيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه (أقول) في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور وبحث أيضا أمانى الجواب عن الاول فلا نحتاج الى الجواب ببيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلمة قولهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل لم يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفيه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منها فما ذكر في الجواب يقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأمانى الجواب عن الثاني فلا نحتاج الى الكتاب هو قول المصنف لان الحجر بمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده براد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكمية المتبعة في أصلهما كما

بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده الحجر شيء من تصرفاته الا الاطلاق كالمرقوق ووجهه أن السفه لا يؤيل الخطأ ولا يخرج من أن يكون أهلا للزام العقوبة باللسان باكتساب سببها أو بالقرار بها بمنزلة الرق فكما أن الرق لا ينفذ شيء من تصرفاته سوى العتق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه قلنا لا يجوز أن يجعل هذا نظيرا لحجر بسبب الرق لان ذلك حجر لحق الغير في المحل الذي يلاقيه حتى أن فيما لاحق للغير فيه يكون نافذا كاتقرار بالحدود والقصاص (قوله الا أنه لا تجب السعاية) مستثنى من قوله

المريض (لاحق النظر لغرمائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته ولو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا ماله سواء لمعنى النظر الى آخر انك كنة) وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو وجبت حقا لمتنقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود أن يجب لغير المعتق (كما في اعتناق أحد الشرى كين فانه يسعى للساكت) ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا نحتاج الى انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى

(قوله وأعتق رقبة لم ينفذ القاضى) أقول أى لا يجعل اعتناقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتناقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وتولى السفيه الحائث الصوم كالمسرا اذا حنث في يمينه أو ظاهر عن امرأته (قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك

لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً (فإن مات ولم يؤنس منه رشدي سعى في قيمته مدبر إلا أنه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً لا يرى أن مصلح الوالد برعده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبر الغرمانه قبل ينبغي أن يسعى في قيمته فذلك العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنناً كولو أعتقه وأوجب بان الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنناً وإنما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرر وروية تدبره قبل سلبها قبل سلبها ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأوجب بانه وصية من حيث النعاذ بعد الموت لا غير ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاء ثبت نسبته منه وكان (١٩٨) الولد حراً والجارية أم ولده لاختياجه إلى ذلك لا بقاء نسبه) وبقاؤه من الخواص الأملية

لحياته ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السغيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مدبراً وان لم يكن معها ولد) أي إن لم يعلم لها ولد منة (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم نولد) لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالأقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فتمتنع بيعها وتسمى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) في إبطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض إذا ادعى ولجاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أول يمكن الخ قال (وان تزوج امرأه جاز نكاحها) كلامه

لأنه باق على ملكه وإذا مات ولم يؤنس منه الرشدي سعى في قيمته مدبراً إلا أنه عتق بموته وهو مدبر فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاء ثبت نسبته منه وكان الولد حراً والجارية أم ولده) لأنه محتاج إلى ذلك لابقاء نسبه فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لأنه كالأقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها ونظيره المريض إذا ادعى ولجاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأه جاز نكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائج الأصلية (وان سعى لها مهر حاز منه مقدار مهر مثلهما) لأنه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظير فيه فلم ينعح الزيادة وصار كالريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج باربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا

هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم إن بعض الفضلاء أو رد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث إذ هذا المعنى لا يوجد في السغيه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السغيه كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهزل

فيعتبر بحقيقته أي بحقيقة اعتناق المحجور بسبب السغيه تجب السعاية ولا تجب السعاية على مدبره في التدبير مادام المولى حي لأنه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدم ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه لأنه لما سبق على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه ديناً تعذر إيجاب نقصان التدبير عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صرح التدبير ولا يجب المال (قوله ونظيره المريض إذا ادعى ولجاريته فهو على هذا التفصيل) المريض المدبر إذا ادعى ولا جاريته أي قال لأمته هذه أم ولدي إن كان معها ولد لا تسعى في قيمتها للغماء وان لم يكن معها سعت في جميع قيمتها للغماء وهذا لأنه إذا كان معها ولد فثبت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال حق الغير فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد لأنه لا شاهد لها ههنا فإقراره لها بحق العتق بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى في قيمتها بعد موته كولو أعتقها (قوله أو كل يوم واحدة) يعني لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مراراً من غير صرفانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة (قوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه من ضرورات

واضح وقوله (وصار كالريض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد من هاهنا مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الآن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلاً وقوله (وكذا إذا تزوج باربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها ففعل ذلك مراراً فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة (لما بينا) يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح

(قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالما كاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله (قوله إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الأهلية فانما تزول بالموت (قوله لأنه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته بمقدار مهر المثل وبطلان الفضل

وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق البهية اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزويج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال السقيفة) والاصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو رغبة الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كتفقة من يجب نفقته عليه فهذا والمصلحة فيه سواء لأنه مخاطب وبالسقيفة لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البيئة عليه وعسرة القريب لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد فإن الزوجين إذا تصدقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسقيفة لا يؤثر في منعه الإقرار بالنسب لكونه من حوائجها لكن لا بد من اثبات عسرة (١٩٩) المقر له والإقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله

وهذا (أى ما ذكرناه مما أوجب الله تعالى وما كان من حقوق الناس) بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو طاهر (بغنى ما أوجب على نفسه) حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمنه وظهاره (بصوم) كحل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهر من متتابعين وإن كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه) أى كل واحد (مما يجب بفعله) إذا سبب التزامه فيمكن فيه معنى التبذير بفقر هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فإن قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجب بان استطاعته متفقتة لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السقيفة كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله) وإن أراد حجة الاسلام

قال (وتخرج الزكاة من مال السقيفة) لأن ما واجبه عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه) لأن أحياء ولده وزوجته من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم واجب عليه لقرابته والسقيفة لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونه بعبادة لكن يبعث أمينا معه كي لا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينة ليصرفه لأنه لا يسب بعبادة فلا يحتاج إلى نية فهو هذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو طاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بمنه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتنها هذا الباب يذروا ماله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال (فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويوصلها إلى ثقتين الحاج نفقة عليها في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجوز ثمغيرها وهي جزور أو بقرة

على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن التفسير المزبور يرجع إلى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقد صدأ اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فإنه إنما يصح في حق السقيفة فقط حينئذ لا يكون لعب ذلك القائل وجهه كي لا يخفى

النكاح وهذه المسئلة احتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب اتلاف المال عليه فإنه يتلف ماله بهذا الطريق بأن يزوج كل يوم امرأة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فتأخذ المرأة منه ذلك المقدار جبرا فيتلصق ماله بهذا الطريق إذا عجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا أضربه من اتلاف ماله بطريق البهية اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزويج والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلق (قوله بل يكفر بمنه وظهاره بالصوم) لأن بدنه مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله بمنزلة من يكون له دين على إنسان أو غصب غاصب من يده وهو ما كان يعاينه فله أن يكفر بالصوم (قوله ولو أراد عرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا وفي القياس لا يعطى له نفقة السفر لأن العمرة عندنا تطوع فصار كالأفراد الحاروج للحج تطوعا بعد ما حجة الاسلام وجه الاستحسان أن العلماء اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتسابا (قوله ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحرزا عن موضع الخلاف (القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل وكان ابن عمر رضي الله

واضح وقوله (ولو أراد عرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا ولذلك والقياس أن لا يعطى له نفقة السفر لأن العمرة عندنا تطوع كالأفراد الحاروج للحج تطوعا فإن كانت مما يجزئ فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصح

(قوله وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال لا تقا في لكنهما يقولان السقيفة ليس بمعناد بهذا الطريق بل لأن السقيفة المعتاد يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول أن تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده والسقيفة مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السقيفة لأن طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والحادى في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعسيلة النساء قوله فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الوا الح) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السقيفة في إقراره بالنسب إذا كان رجلا إلا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى

(فان مرض وأوصى) وقصد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض فان السبعة الصريح اذا وصى بوصية في حكمها الحكم المريض والقياس ينفيها كإلزامه في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجودها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه وحيث لا تنظر له في المانع وانما النظر له في اكتساب الشاء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيهاً وأوصى الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنع عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز (٢٠٠) للاب ولو وصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له ما لا يبيع ولا يجوز

قال (فان مرض وأوصى بوصية في القربى أو ابواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذهى حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تختلف بناءً أو ثواباً وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحاً له عندنا والفاسق الأصلي والطارئ سواء) وقال الشافعي يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كإتي السفيه ولهذا يجعل أهل الولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أنس منه نوع رشده فتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون والياً بالتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها السلامة قلبه لما في الحرج من النظر له

(قوله) ولنا قوله تعالى فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم الآية وقد أنس منه نوع رشده فتناوله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشداً منكراً في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا أوجد رشداً فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقر برديس أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أنس منه نوع رشده وهو الرشده في دينه فتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضاً ماله والاطهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية الكريمة المد كروية ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشده في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشده في الدين مراداً كي لاتعم النكرة المطلقة ولان الدفع متعلق بآيئنا رشده واحداً لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشده في الدين مراداً لانه حيث لا يكون معلقاً برشده في الدين انتهى فتدبر (قوله) ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون والياً بالتصرف) أقول برد المنقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله مالا محالة لان الاسلام فيه أيضاً متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والياً بالتصرف أيضاً غير محجور عليه كما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله) ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما جرح على حبان بن منقذ

عنه يقول لا يجوز به الابدنة وهي بقره أو جزوف وهو اداساق البدنة فقد صدبه الخمر زعن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط في أمر الدين وأراد أن فعله أقرب الى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه (قوله) وقد أنس منه نوع رشده وهو الاصلاح في المال فتناوله النكرة المطلقة وهي في قوله تعالى وان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم الآية نكر الرشده وهو ما طاقه يتناول القلب منه والكثير ومن أصح في ماله فقد أنس منه رشده ولانه أهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون ولياً بالتصرف وقد قررناه فيما

تصرف الاب ولا وصى الاب على البالغ السفيه الاباير الحاكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعقاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عقاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره) وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره (قوله) ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحاً لماله عندنا والفاسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحرج عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحاً لماله وعندهما للنظر له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حرج (وذلك لان الله تعالى قال فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم الآية) نكر الرشده وهو ما طاقه يتناول القلب منه والكثير ومن أصح في ماله فقد أنس منه رشده ولانه أهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون ولياً بالتصرف وقد قررناه فيما

تقدم) يعني في أول كتاب النكاح (ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل) * (فصل) يعني في التجارات (ولا يصبر عنها السلامة قلبه لما في الحرج من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما جرح على العتاق وان كانت المفسدة امرأَةً فانهم اتصدق في ثلاثة أشياء بالود والزوجية ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله) الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها (قوله) نكر الرشده وهو ما طاقه يتناول القلب منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستنداً بانصراف المطلق الى السكامل (قوله) ومن أصح في ماله الخ) أقول وكذا من أصح دينه دون ماله كالمغفل فاذا كراهه ينقض به فتأمل

(فصل في حد البلوغ) قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والائزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك حتى يتم له ثمانى عشرة سنة فبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك حتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقالوا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالائزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الائزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الغاشية أن البلوغ لا يتأخر فیهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي وهذا أقل ما قبل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الأناث نشوءهن

وكان يغيب في التجارات بل قال له قل لا خلابة في الخیار ثلاثة أيام فأنبت له البيع بشرط الخیار وما حذر وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك مانع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحجر انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة وان لم يقد المنع كسبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بان الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لان غالب السفهاء في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر وهذا أيضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يقيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يقد المنع كسبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظرا لان في حديث حبان بن منقذ نوح حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالحجور في البيوع المطلقة فانهم اه (أقول) ليس ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالحجور في البيوع المطلقة يشعر باعتداله أيضا بان لم يصح حجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه صحيحا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا تنفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الاماميين والشافعي أن يحجر القاضى على المغفل في بيوعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل في بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت من النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

(فصل في حد البلوغ) البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بدمن بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قبل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي وشده انما هو أكثر ما قبل في أشده من المدد دون أقل ما قبل فيه منه لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل

ابن منقذ وكان يغيب في التجارات قلنا لما سألنا المغفل في التجارة بالسفيه بدلالة النص اذا الحكم في السفيه نابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لم يعارضه خبر الواحد والله أعلم بالصواب

(فصل في حد البلوغ) (قوله وقالوا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا) وفي الكافي للعلامة النسفي والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية اذا انتهيا اليه خمس عشرة سنة عند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى (قوله وهذا أقل ما قبل فيه) أي في الرشد وقبل اثنتان وعشرون سنة وقبل خمس وعشرون سنة (قوله فينبى الحكم عليه للتيقن به) فان قيل ينبغي

حبان بن منقذ كان يغيب في التجارات بل قال له صلى الله عليه وسلم قل لا خلابة في الخیار ثلاثة أيام وأجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلك مانع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل في حد البلوغ) البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر ووجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله بالغلام) بالاحتلام (الخ) الحلم بالضم ما رواه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والائزال اذا وطئ

(قوله ورد بان ذلك انسخ المال) أقول ويجوز أن يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة والالم بعد المنع

(فصل في حد البلوغ) قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

والاصل هو الاثر قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة فلو بلغ الجارية بالحض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ورضي الله عنه وقالوا لا يتم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعى (٢٠٢) رحمه الله وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم

قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه (قوله واذا راق الغلام أو الجارية) يقال رهقه أى دنى منه وصي مراهق أى دان للحلم (وأشكلى أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذب وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) والله أعلم * (باب الحجر بسبب الدين)

الدين أيضا من أسباب الحجر هذه مما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم آخرنا خيره وينبغي للقاضى أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لنفى التحايد ان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجوده في الحال دون ما يكتسب له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن

يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بأمر الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز

واذا راقون أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعه التي وافق واحد منها المزاج لا يحاله قال (واذا راق الغلام أو الجارية بالحلم وأشكلى أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهته ما ظاهر افاذا أخبر به ولم يكذب ما الظاهر قبل قوله ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحضي * (باب الحجر بسبب الدين)

(قال أبو حنيفة لا أجبر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أجبر عليه) لان في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مده في نفسه ابل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده بل لا يرب ثماني لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانما قالوا فان قيل ينبغي أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية لا تقولوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم اليه انتهى (أقول) في الجواب نظرا لان الاشد في الآية الكريمة المدة كورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعه قوله تعالى حتى يبلغ أشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذ مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مده أكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقریب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي واليتين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وامافي التبيين فقدا كتنى بقوله للاحتياط وهو الاصول * (باب الحجر بسبب الدين)

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للقساد اما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيران التشرىق من كذب الصلاة وفي باب مقاسمة الجدم من علم الغرائض لان أباحنيفة لا يرى شيئا منها واما على قولهم جيعا بناء على تعلق ظاهركم بذلك اثباتا منها ونقيا منهن ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم آخرنا خيره عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أجبر عليه لان ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا أول الآية لا تقولوا مال اليتيم ان الله مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة سنة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليه فينبى الحكم عليه (قوله لاشتمالها على الفصول الاربعه التي وافق واحد منها المزاج لا يحاله) أى ذنا سنة في حق الغلام ليوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه (قوله واذا راق الغلام والجارية) يقال رهقه أى دنا منعه هقاومنه اذا صلى أحكم الى ستره فلم رهقه وصي مراهق دان للحلم كذا في المغرب والله أعلم بالصواب

* (باب الحجر بسبب الدين)

في

* (باب الحجر بسبب الدين)

في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز الدفع ضرر خاص (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولا نه تجارة
لأن نراض فيكون باطلا بالنص

لان فيه اهدار اهليته) وذلك
ضرر فوق ضرر المال فلا
يترك الاعلى للداني فان قيل
اهدار الاهلية ضرر يلحق
المدينون وترك الحجر ضرر
يلحق الدائن وانما يكون
الاول اعلى أن لو كانا في
شخص واحد فالجواب أن
ضرر الدائن يتدفع بالحبس
لا بمجالة والحبس ضرر يلحق
المدينون بمجازاة شرعاً ولولم
يكن أعلى ما تدفع به ضرر
الدائن واهدار الاهلية أعلى
من الحبس فيكون أعلى
من ضرر الدائن وإذا كان
كذلك (فان كان له مال لم
يتصرف فيه الخ) لأنه نوع
محرولانه تجارة لا عن تراض
فكون باطلا بالنص

(قوله فلا يترك الاعلى
للادنى) أقول فيه بحث
ولعل العبارة فلا يترك
وقوله فلا يترك سهو من
النامخ (قوله وانما يكون
الاول أعلى الخ) أقول في
الحصر بحث (قوله ولولم
يكن أعلى) أقول من ضرر
الدائن (قوله واهدأ الاهلية
أعلى الخ) أقول فيه بحث
قال المصنف (ولانه تجارة
لا عن نراض الخ) أقول قال
الله تعالى ولا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا
أن تكون تجارة عن نراض

في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز زلذفع ضرر خاص قال صاحب العناية في عقد المقام وأوجبته لا يجوز
لان فيه اهداراً أهليته وذلك ضرر ذوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن
قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل يتنافى في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا
يحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للغسادر وأشار اليه بما قبله فلا يجوز زلذفع ضرر
خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا تترك وتكتب وقوله فلا يترك سهو من النسخ انتهى ثم أقول
يمكن توجب ما عليه النسخ الآن بوجود الاول أن يحمل المراد بالا على في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على أهلية
للدون لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره ورشاليه أنه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما
قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف
وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر رقت الاشرف فوق ضرر رقت الاخس لا لمخالفة فان قلت المطابق لقوله في
السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كان في شخص واحد أن يكون المراد بالا على اهدار الاهلية وبالأدنى
ضرراً يقابله قلت فتعيب ما في الوضعية في خير المراد غير لازم فان علون نفس الاهلية شرافاً ولو اهدارها ضرراً
متلازمان وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره فإذن أراد بالا على والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس
المال وفي موضع آخر ضرره وما يحصل بهذا التدرج ما هو المقصود في كل من الموضوعين كما لا يخفى على المتأمل
والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا
يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى أي لاجل دفعه ويحجب الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله
جعل اسمه وتركنا عليه في الآخرة أي أبقينا نفس عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون
تركنا على حاله ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع
الباقى فان قلت معنى الإبقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبذرين في إبقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها ولا
اذا البقاء فرع التحقق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان إلا سالان فيه الحاقه باليهام
فان لا نسلم تبليؤ ذلك في صورة النبي وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن
يلتزم الجمل على خلاف التبذير من ظاهراً اللفظ بقريضة المقام والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك
على الزائدة كفي قوله تعالى ائلا يعلم أهل الكتاب وفي قوله تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان
قلت قد عرفت موافق زيادة لا في أكثر كتب النحوي أحدها مع الواو بعد النفي وانها بعد أن المصدرية وثالثها
قبل القسم على فلهذا رابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في معنى
الليب وقوع الزائدة في مواضع من التنزيل وعدم منها قوله تعالى وما يشعركم أنهم اذا جاءكم لايؤمنون فبين فزع
الهمزة وقال نقال قوم منهم الخليل والغاري لا زائدة والالكان عند الكفار وعدمها أيضاً قوله تعالى
وحرام على قرية أن يأتاكم منها أن لا يرجعوا وقال فليل لا زائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدر أهلاكم
لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة اهـ ولا يخفى أن هذين الموضوعين ليسا من المواقع الاربعة
المعسنة وموافقنا نحن فيه فذكر في محاجة هذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام
وهو قوله للادنى الا لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى
بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر
ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذلك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيسلم أن لا يتحمل شيء من
الضررين وليس كذلك قطعاً فالتمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى
الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تبصر الضرر الادنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما
نرى ويحجب اللام معنى عند قد ذكره ابن هشام في معنى الليبس مثله بقولهم كتبته لـ ابن وقال وجعل منه

ابرحى قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه
 ابعد الوجه الذى ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات
 في توجيه كلامه بحسب الامكان على القول بعد العقل والنقل ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر
 يلحق المديون وترك الخبز ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كان في شخص واحد فالجواب ان ضرر
 الدائن يندفع بالحبس لاحتماله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن
 واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون
 اهدار اهلية المديون اعلى ضرراً من ضرر الدائن مستنداً بكونهم مافى شخصين دون شخص واحد وحاصل
 الجواب اثبات المقدمة المتنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضاً تقر به ان اهدار
 الاهلية اعلى ضرراً من الحبس والحبس اعلى ضرراً من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية اعلى ضرراً من ضرر
 الدائن بلا حجة مقدمة مقررة وهى ان الاعلى من الاعلى من الشئ اعلى من ذلك الشئ ولا شك ان هذا القياس
 يقتضى كون اهدار الاهلية اعلى ضرراً من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهى قوامنا والحبس اعلى ضرراً من ضرر الدائن نوع خفاء
 بين الشارح المذكور ولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس اعلى ضرراً من ضرر
 الدائن لما اندفع هذا بذلك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان ثم أقول في الجواب بحثاً أما
 اولاً فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لاحتماله في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابداً ولو في
 حق الدائن فلا يندفع حيث تدفع ضرر الدائن وأما ثانياً فلان الحبس لو كان اعلى ضرراً من ضرر الدائن لمسأجل
 الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى كما هو الاساس
 في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الاصل
 بان اختيار المديون الحبس الابدى مع قدرته على أداء الدين بعيد جداً غير واقع في العادة لا بغاية الضرورة ومبنى
 الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع
 ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من
 جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يعمل بحبسه وأمره
 بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار اليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور
 بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثاً على ذكره هذه المقدمة أثناء
 الجواب والا فلا مدخل له أصلاً في اثبات المقدمة المتنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان
 كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضاً لمجرد دفع هذا الضرر
 الذى هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب أن
 الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وجزاء ظلم المماطلة معال كمن يدفع به ظلم المماطلة أيضاً كما
 يفصح عنه قول المصنف فيم باعد ولكن يحبس به ابد حتى يبيعه في دينه ايعاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه اه
 فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس اعلى
 من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة أيضاً فيعود انتقاض قوله
 لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المنتدع بالحبس ظلمه الا ترى وهو المراد بقول المصنف فيم باعد دفعا
 لظلمه لا ظلمه الماضى اذ لا محال يدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانه عرض لا يبق والذى جعل الحبس
 جزاء له انما هو ظلمه الماضى واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضى مع دفع ظلمه الا ترى ودفع ضرر المال عن
 الدائن أيضاً فلا يمتشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضى كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه
 مطلقاً ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت
 بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فترك به القياس بخلاف الخبز بسبب الدين فانه لم

(ولكن يحبس به أبدا حتى يبيعه في دينه) أي غناه لحق الغرماء ودفع الظلمه (وقال اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه
بحجر القاضي عليه

يثبت بنص فيجوز فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعاً لا يقال الحجر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو
ماروي ان معاذ اركبته دون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسمه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في
البدائع والتهذيب وبعض شروح هذا الكتاب دليل على قول الامامين في هذه المسئلة لا نأقوله أجابوا عنه في
تلك الكتب أيها من قبل أبي حنيفة ما نبيح النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي عليه
الصلاة والسلام وقالوا الدليل عليه أن يبيع ماله لا يجوز حتى يأمروا به ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أن
يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته اه فقطهر أنه لانص يدل على جواز الحجر بسبب الدين
فنعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الامرار التي وفقت لها بتوفيق الله
تعالى ثم ان من العجائب ههنا أن في زمان من الزمان بان امتحن مع بعض من عدمن الاهالي
والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة الهداية وشرح المواقيف وشرح المفتح
فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في
هذا المقام على أن تكون كلمة لوفى قول صاحب العناية في الجواب ولولم يكن أعلى ما ندفع به سرر
الدائن وصلى يتفعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما جعل كلمة ما موصولة فبني على هذا الاستخراج
خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرى الذين كما حكمه في ذلك الامتحان بينا بطلانه
وشنعنا عليه جسدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان
بشهادة بعض من جهلة المنزسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة والله
در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس به أبدا حتى يبيعه في دينه) أقول
برد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورد صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفلساد بان قال
تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضاً بما وجهنا به عبارته هناك
من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي
دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبس به أبدا ليكون سبباً لبعده فلا مسامحة في الجمع أصلاً اذا المسامحة انما هي
في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر
آخر واء المسامحة في الجمع تأمل تفق (قوله وقال اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه بحجر القاضي عليه) أقول
لغاثل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً بل يجوز الحجر على الغنى أيضاً عندهم انظر الغرماء بل الحجر
بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على العطن فذكر المفلس في وضع المسئلة ليحل
بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيره انقلا عن الذريعة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء
على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بخلاف
والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس بالحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة
رجح انه الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولاً بالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه
المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً للحاق الضرر بالمحجور
ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار
قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لا نأقوله ما ذكر في الكتاب في
تضعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرر رد الملها كما قوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال لم
يتصرف فيه إلّا كما لأنه نوع حجر وقوله في مذهب مالك أنه عساه يلجئ ماله فيغوث ختمهم وقوله فيه أيضاً وباع
ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص يدل قطعاً على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار

ولكن يحبس به حتى يبيعه في
دينه أي غناه لحق الغرماء ودفعاً
لظلمه وقال اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه بحجر القاضي
عليه

قال المصنف (ولكن يحبس به
أبداً حتى يبيعه) أقول فان
قبل الحبس أيضاً بعدم الرضا
كما سبق في الاكراه فلا يصح
البيع قلنا الحبس لقضاء
الدين بما يختار من الطريق
فلا يكون اكراهاً على
البيع فلينأمل قال المصنف
(ودفع الظلمه) أقول فان
قضاء الدين واجب عليه
والمماطلة ظلم

ومنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الجرحى على السفيه انما يجوز انظر له وفي هذا الجرح نظر الغرماء لانه عساه يلحق ماله فيغوث حقهم ومعنى قواهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباعه ان امتنع المفس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لا يفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع نائب القاضى منابه كفى الحب والعنة فلما التفتحه وهو موهوم والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق

قول من قال مسئله الجرح بناء على مسئله القضاء بالا فلاس اذا القضاء بالا فلاس لا يتصور وفيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدارها في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه مسئله مسئله مبتدأة غير مبنية على مسئله القضاء بالا فلاس كالا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الجرح عليه معناه الحقيقي بل المراد به امان بدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا اذا اظهر ان المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص مسئله بماله ومفلس حقيقة (قوله) ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجسه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهد في ذلك على القدورى لان هذه العبارة عبارة القدورى والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بالتصرف لكان أصح كالا يخفى

(قوله) لانه عساه يلحق ماله) بان يوضح أحدنا على أن يقوله بالمال عند الناس ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال فغوث حق الغرماء أو يبيع ماله ثلثة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده (قوله) كفى الحب والعنة) المجرب اذا أبى أن يفارق امرأته نائب القاضى منابه في التفريق والعين بعد مضى المدة اذا أبى أن يفارق امرأته نائب القاضى منابه أيضا في التفريق (قوله) والحبس لقضاء الدين الى آخره) هذا جواب عما قاله البيع مستحق عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين باى طريق شاء وأراد لا لاجل البيع كزعمنا كيف لو وضع البيع من القاضى مال المديون لكان الحبس اضرا في الدائن بتأخير حقه الى زمان تحقق امتناع المديون عن البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب أن لا يكون مشروعا اذ حبس المديون مائرع الانفع الدائن والحبس مشروع اجاعا فدل ذلك على أنه ليس للقاضى ولاية البيع وهذا لا يتقلب لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضى لا يشترط على ضرر الدائن بتأخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل اطة بخلاف القاضى وفي الذخيرة فن مشايخنا من قال مسئله الجرح بسبب الدين بناء على مسئله القضاء بالا فلاس لان من شرط صحة الجرح على المديون القضاء بافلاسه وأولام الجرح بناء عليه حتى لو جرح عليه ابتداء من غير أن يكون قضى عليه بالا فلاس يصح جرحه بخلاف الافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضى القضاء بالا فلاس وبالجرح بناء عليه وعند أبي حنيفة رجحه الله الافلاس في حالة الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالا فلاس وأولو الجرح بناء عليه وممن من جعل مسئله مسئله مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الجرح عند أبي حنيفة رجحه الله كونه الجرح متضمنا للحاق الضرر بالمجبر ولا تعاقله بالقضاء بالا فلاس والدليل لا يوجب رجحه الله أيضا في اثباته ذهبه قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض منك وببيع المال على المديون بغير رضاه ليس تجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحمل مال امرئ الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب ببيع القاضى ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعل إلا بهذا الظاهر والمعنى فيه أن يبيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضى أن يباشر ذلك عند امتناعه كما أن القاضى لا يواجره ليعضى دينه من أجرته وكذلك اذا وجب الدين على المرأة فان القاضى لا

ومنعه من التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن بسيما كان أو فاحشا وقوله (الثلثة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق معين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستنباط والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فان التفريق هناك معين لانها لم يمكنه الامساك بالمعروف تعيين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف نائب القاضى منابه في التفريق (قوله) والحبس لقضاء الدين) قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه يخالف لما سبق آنفا من قوله ولكن يحبس حتى يبيع في

جواب عن قوله ما حتى يحبس برفع السين لاجله أي لاجل البيع ونقر به سلمان وزم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لغضاض الدين بالخياره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستنباط وسؤال الصدقة وبيع ماله (٢٠٧) بنفسه (قوله كيف) أي كيف صح

البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظمنا لانه اضرار بها بتأخير حق الدائن وتعذيب المدون فلم يكن مشروعاً ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكور ان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز بيع القاضي على المدون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقديرات أيضاً لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله علا بالشهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل الغريم ولاية لاخذ نظر الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلوثبت للغريم ولاية الاخذ منع قصوره لثبوت للقاضي لقوته وقوله (ويباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظر فينبغي أن ينظر للمدون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لانه لم يبعد قضاء الدين يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمه قبل قضاء الدين لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر النخبة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بشهادة شاهد أو على الاستقراض أو الشراء بمثل القبة شارك هؤلاء الغرماء غير الذي له الدين قبل الحجر

كيفية ولو صح البيع كان الحبس اضراراً بما تأخير حق الدائن وتعذيب المدون فلا يكون مشروعاً قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره) وهذا بالاجماع لان الدائن حق الاخذ من غير رضاه فلا قضى أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذ جبراً وجه الاستحسان أنهم متحذون في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ فعلا بالشهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فاذا نزل (و يباع في الدين النقود ثم العقر يبدأ باليسر فلا يسر) لما فيه من المسارعة وقيل دسنان وهو اختيارنا في قضاء الدين مع مراعاة جانب المدون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي) لان به كفاية شمس الاغتلاخلوا في لانه اذا غسل ثيابه لابله من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر باقرار لم يملك بعد قضاء الدين) لانه يتعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمسكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له (ولو استغاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه) لان حاجته اصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا الزوج امرأة

(قوله وهذا عند أبي حنيفة استحساناً) قال كثير من الشراح انما خص بأب حنيفة بالذكور وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقديرات أيضاً لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه أقول ماذا ذكرناه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحساناً وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك خصوصاً بما في حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع التقديرات يعارض الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع التقديرات يعارض القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبر (قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لانه ذلك بعد قضاء الدين يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمه قبل قضاء الدين فكان الملتف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذه بضمه متقدمة على قضاء الدين كما لوهمه قولهم يؤخذ بضمه قبل قضاء الدين بل المؤاخذه بذلك مع قضاء الدين بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان الملتف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالأظهر الاخصر ماذا ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير الملتف عليه أسوة للغرماء بخلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزم ضمته في الحال ويكون الملتف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس همنا على

زوجها بقضى الدين من صداقها (قوله بخلاف) متعلق بقوله لانه بعد قضاء الدين يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حال الحجر يؤخذ بضمه قبل قضاء الدين فكان الملتف عليه أسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في حجر النخبة ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بشهادة شاهد أو على الاستقراض أو الشراء بمثل القبة شارك هؤلاء الغرماء غير الذي له الدين قبل الحجر

مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل

دينه والامر بهين قال المصنف (فلا يكون مشروعاً) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله يؤخذ بضمه قبل قضاء الدين) أقول فيه بحث

وقوله (وان لم يكن أخرجه شحرا عن هلا كه) لانه لا يجوز ا هلا كتملك كان الدين ألا يرى أنه لو توجبه الهلاك اليه بالخصصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز ا هلا كه لاجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في (٢٠٨) الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب

في السجن لان فيه نظرا للجانبين الجانب المدين لان ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يجوز بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (يلزمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد باليد اللز، وبالسنان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان في تناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذوا القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المدينون في حال محنتهم لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال الرجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لو أحدهم منهم خمسمائة ولا ترميهم ثلثمائة ولا آخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء

كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الح كفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيد ها الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه شحرا عن هلا كه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمره هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية توفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال (ولا يجوز بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلزمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وبالسنان التقاضى قال (و ياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقاذا قل له الح كمال حال بين الغرماء وبينه الا أن يقبوا

معناه الحقيقي كالم نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأتى اراذتها قطعاً عن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المدين فالمراد باقظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازى على أحد التوجيهين اللذين ذكرهما في ما مر من قبل فتدكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الح كفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدرى والبدية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الح كفي كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كضمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد تولى المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الجهل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا يرى يعزى الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدرى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدرى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل لذلك وأقول كان الاولى والاظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضى لئلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدرى في غيورث التشويش للنظر في تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال أو ان يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كمنظأره ولا يكون قلنا كما ذكره تبصر تفهم (قوله و ياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم

(قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له خادم أخرجه) وعن أبي يوسف أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء (قوله والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمره هو الصحيح) وقال بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظرا الى الجانبين الجانب المدين لانه يبقى على نفسه وعلى عياله ولرب الدين فله اذا فضل منه بصرف ذلك اليه والاصح أنه يمنع ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه (قوله ولا يجوز بينه وبين غرمائه) لقوله عليه السلام لصاحب الحق يدولسان فوجه التمسك به هو أن الحديث مطلق في حق الزمان

وحبسه وبدونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال اذا كان المدين حاضر الماء أن يقضى دينه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه ينصرف في حاله ملكه لم يتعلق به حق أحد فيصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المدين غائبا والمدينون ثابتة عند القاضي والقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالخصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم

(البينة)

بعضهم على بعض وقوله بينة البسار ترج البسار اسم للباس من أيسر أي استغنى والاعصار مصدر أعصر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العصار بمعنى الاعصار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لأنهم أكثر أئبانا) لأن بينة الاعصار تؤول كمداد على غيره إذا أصل هو العصرة فصار كبنية ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا ينعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلس في موضع لأنه حبس) وليس بمسحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يجلس في مسجد حبيبه أو في بيته لأنه ربح ما يطوف في الأسواق والسكك وغيرها فاحتج به فبطل المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كغذاء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضع الجلوس الفاطلة أن يمتنع عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطالب الحبس والطالب الملازمة فالحيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود واختياره الأضيق) والاشد (عليه إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه وليلته (والدائن الرجل لا يلزم المدونة لاستلزامها الخلوة بالاجنية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعاً

من رجل فافلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ لأنه يحجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز (عن إيفاء الثمن) يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين بردها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالمسلم) يعني لا نسلم أن كونه

البينة أنه لا (لأن القضاء بالأفلس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة) وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالأفلس لأن مال الله تعالى غادو راع ولا يقف الشهود على عدم المسال لا يتحقق الظاهر فيصالح للدفع لا بإبطال حق الملازمة وقوله الآن يقي وبينه إشارة إلى بينة البسار ترج على بينة الاعصار لأنها أكثر أئبانا إذا أصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا ينعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلس في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطالب الحبس والطالب الملازمة فالحيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود واختياره الأضيق عليه إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فيها من الخلوة بالاجنية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاع منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجز القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه يحجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الأفلس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين

جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أي بقدر حصصة كل واحد منهم من الدين بل هو لم يلزم الاستواء فيما أخذوه وتعام المدعي ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لأنه يحجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرر به هذا المحل لأنه يحجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن ختنان الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقوله (قوله وصار كالمسلم) فإنه إذا انقطع المسلم فيه ثبت

(٢٧ - (تكملة النفع والكفاية) - ثامن) ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الأفلس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس مستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالمسلم كان المشتري ملياً وتوضيح ذلك أن موجب العقد لك الثمن وهو ملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء السلم والذمة بعد الأفلس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الفلاس والملي فإن قيل هذا استدلال في مقابلة ما روي أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو وأحق به والاستدلال في (قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ووجهه أنها به على سبيل الإزدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ار جعن ماجور وان غير ما زور ان (قوله لا استلزامها الخلوة بالاجنية الخ) أقول يعني لا استلزام الملازمة للخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع إلى المدونة (قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو عاقل به) أقول الضمير في قوله به راجع إلى العقد

مقابلته النص فاسد فالجواب أنه معارض بما روى الخصاص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوأ فخرمائه فيه وتاويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ماذا كثرتم من الدليل ان صحح بجميع . قدما نه لزم أن لا ينسخ (٢١٠) العقد اذا كسدت الفلاس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة

وهي باقية كما كانت قبل الكساد أوجب بانالاسم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي عن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا بشكل بما اذا عجز المكتاب عن أداء البدل فان موجب العقد لم يتغير والمولى أن ينسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله) وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة فقد رآه أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فلتتقيا قصاصا (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتغير) وفيما نحن فيه غير متغير كان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق

وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها في موضع التعذر كالسليم لان الاستبدال ممنوع فاعلم بالدين وانك أعلم

*(كتاب المأذون) *

ايفاء الثمن لوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اه ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بلون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والالزام أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون المبيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما انفرد به صاحب العناية بل اطلعت على النص صريح بكلمة الشفقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزليخ وغيرهم والله أعلم

*(كتاب المأذون) *

خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد لان المسمى بالعقد الدين في الذمة وبانقطاع السلم فيه ثبت العجز عن العين وهو غير مستحق بالعقد فكذلك عجز المشتري بالافلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع وان لم يكن العين مستحقة بالعقد ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد اذا المستحق بالعقد وصف في الذمة وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة حكمية والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طر يقامته بالدفع ضرره والوصول الى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد بخلاف السلم لانه عجز عن تسليم غير المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب في الذمة لان الاستبدال فيه ممنوع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب حق الفسخ ذلك

*(كتاب المأذون) *

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فلك الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى مالبسة الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير بها وانه بالاذن أسقط حقه فعاد متصرفا لما لكنته الأصلية وأهليته لنفسه وهذا لانه أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا لصدوره عن مميز ويحل التصرف ذمة صاحبه لالتزام الحقوق وهم الايقونات بالرق فصلاحيه الذمة لالتزام من كرامات البشر بالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أن ذمته ضعيفة بالرق فلا يجب المال فيها الا شاعلا مالبسة الرقبة وهي حق المولى في عجز عن التصرف لحق المولى كيلا يطل حقه بلارضاء فقد أسقط حقه فعاد العبد متصرفا لما لكنته الأصلية وفي الذميرة وانما قلنا ان العبد متصرف بحكم مالكته الأصلية لان تصرفات العبد تبتني على الشراء لان أول تصرف

بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمه الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا اسلمك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب * (كتاب المأذون) * ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر

*(كتاب المأذون) *

الاذن الاعلام لغت وفي الشرع ذلك الحيز واسقاط الحق عندنا

اراد كُتب الماذون بعد كُتب الجِرْ طاهر المناسبة اذا الاذن يقتضى سبق الجِرْ فلما ترتبوا وجودا ترتباً ايضاً
 ذكرار وما للالتناسب (قوله الاذن الاعلام لغت) اقول لم أر قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات معنى
 الاذن بمعنى الاعلام وانما المذ كور فيها كون الاذن بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغت محتمل نظر
 يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة
 بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا في التفسير فرفعوا عن معنى الاذن من اذن له في الشيء اذنا أي
 اباحه كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الاعلام ولا يتخلو عن نوع الابعاء اليه ما ذكره صاحب
 النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغت وشرعاً قال أما اللغة فلاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور
 عنه واعلام باطلاقة فيما يجزعه من اذن له في الشيء اذنا اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي
 حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره
 صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كُتب الماذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذا ن
 من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذن حيث استشهدا بمعنى أحدهما على
 معنى الآخر وليس كذلك قطعاً ولا ظهري في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في
 مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الجِرْ وهو المنع فكان اطلاقاً عن شيء أي شيء كان اه
 (قوله وفي الشرع فك الجِرْ واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعني أن العبد كان محجوراً عن التصرف
 لحق المولى فاذا اذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أي اذن المولى لعبده في التجارة اسقاط
 لحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والاذن أسقط حق نفسه عنده
 اه وقال في العناية فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجوراً عن
 التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقية العبد قبل الاذن
 لاتعلق الدين برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتتعلق الدين بها اه وقال في السكافية وفي
 الشرع فك الجِرْ واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صوناً لحق
 المولى وانه بالاذن أسقط حقه اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه
 المصنف فيما بعد حيث قال وانحجازه عن التصرف لحق المولى لانه ما عهدت صرفه الاموجه اتعلق الدين برقبته
 وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل ختمه من غير رضا اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد
 بالحق ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك
 يأخذ من كسبه جبراً على ما سيأتي والمسقط هو المولى ان كان الماذون رقيقاً والمولى ان كان ميبداً اه كلامه
 (أقول) فيه نظراً ما أولاً فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق
 المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع هو منع عن التصرف على أن تكون
 الاضافة بيانية ومعنى حق المولى هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذي هو
 منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقه قطعاً وقطعاً وأما ما ينافي لانه ان أراد بقوله لان حق
 المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلاً فمنوع كيف وسيأتي أنه اذا لم يمتدحون تحيط بكسبه ورقبته

يبشره العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى
 لانه يتصرف في حقه وهو ذمته بايجاب الثمن فبالان الثمن يجب في ذمة العبد حتى كان المطالب بالثمن هو العبد
 بحيث لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس وذمته خالص حقه ولهذا أقر على نفسه بالعصا صرح وان كذبه
 المولى واذا ثبت ان محمل الشراء خالص حقه كان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفه في الاحوال
 كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لانه اذا تصرف العبد وصحته بل لمعنى آخر وهو ان يصير المولى

(وهو في اللغة عبارة عن
 الاعلام وفي الشرع فك
 الجِرْ واسقاط الحق عندنا)
 فان المولى اذا اذن لعبده
 في التجارة أسقط حق
 نفسه الذي كان العبد
 لاجله محجوراً عن التصرف
 في مال المولى قبل اذنه

(قوله وفي الشرع فك الجِرْ
 واسقاط الحق عندنا)
 اقول لا يخفى عليك أن
 اذن الصبي والمعتوه ليس
 فيه اسقاط الحق وسيجيء
 تفصيله ثم اعلم أن قوله
 واسقاط الحق عندنا
 كالنفس لقوله فك الجِرْ

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه الناطق وعقله المعبر وانحجرا عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرف الامو جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حكمه من غير رضاه

تعلق بكسبه ورقبته جميعا في باع كل ذلك للغيراء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لانه وان اراد بذلك أنه لا يسقط به في الجلة كما اذا لم تحط بهم مادون أسلم لكن لا يحدى نفعها اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلمة البتة بل المراد به اسقاطه في الجلة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته أيضا بالنظر الى البعض السابق بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فكل الجرح الثابت بالرق شرعا مما يتناول الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فسلك الجرح عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والخيرة والمغنى وغيرها اه وقد اختلف في أثر الامام الزليعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فكل الجرح اه (أقول) كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقر وعندهم انما هو أثره الثابت به المترتب عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشيء وبصير أثره متبعا عليه لا يصلح أن يكون تفسير ذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة ثم أقول ليس المذكور في الخيرة وبغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها كذا وأما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فكل الجرح الثابت بالرق شرعا مما يتناول الاذن لا الانابة ولا التوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فكل الجرح عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد بفك الجرح المذكور فيه اما هو مصدر من المبني للمفعول فيقول المعنى انك كذا الجرح وبصير صفة للجرح ولا شك أن المراد بفك الجرح المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفسا كالأثر ثابت بالفك كالاتسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غايتا البيان وعزاه الى التحفة حيث قال وأما حكمه فلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضرورا وانما وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا أشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه الهنا كلامه (قوله) والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه الناطق وعقله المعبر) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو المالك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون أهلا لسيهه أوجب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للصحة فيكون أهلا لقضائها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلى للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلى يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات فنفى اختيار البائع البيع يثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف بأشهر المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقر وعندهم من أن المكاتب مملوك راضيا بالضرر يتصرف بالعبد لان تصرف العبد لا ينقل عن شغل رقبته العبد وكسبه هو معنى ما قال

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه الناطق وعقله المعبر) (لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك حق المولى انحجر عنه فلا بد من اذنه كي لا يبطل حكمه من غير رضاه) فقوله واسقاط الحق الخ كالتفسير لقوله فكل الجرح وقوله عندنا إشارة الى خلاف الشافعي رحمه الله فان الاذن عنده توكيل وانابة وجميع المصنف وجه الله كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم ماله كونه الاصلية وانما اعامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على أنه اسقاط لحق المولى لا غير اذا لاسقاطات لا تنوقت كالطلاق والعناق فان قيل قوله فكل الجرح جواب واسقاط الحق مذكور في خبر التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معروف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال (قوله) كما أشرنا اليه (أقول) يعني بقوله وجميع المصنف الخ

عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بحال الحق من العهدة على المولى) وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه (٢١٢) لاسيما ولهذا لا يقر على نفسه

بالقصاص صح وان كذبه المولى في كان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضا والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قبل العبد المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وليس باهل لذلك أجيب بان حكم التصرف ملك السيد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الجبر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الجبر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بان الرق لما كان باقيا كان الجبر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود (ثم ان الاذن كما ثبت صريحا ثبت دلاله

ولهذا لا يرجع بحال الحق من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التناقث حتى لو أذن لعبد يوما وشهرا كان ما ذونا أبدأ حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقف ثم الاذن كما ثبت بالصرح ثبت بالدلالة

لمولاه وقبة لا يداو المدير مملوك له يد الارقية والرقن مملوك له يد اورقية فان الرقيق اذا كان مال كايده فكيف يكون مملوكا كاولاده في صورة ان كان قنأ ومديرا وان أراد وأن له ملك اليد باهليته لمكنسبة من مولاه بالاذن أو الكتابة فلا يتم التقریب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المعبر فليتأمل في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بحال الحق من العهدة على المولى) قال في العناية وصح المصنف كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله (ولهذا لا يرجع بحال الحق من العهدة على المولى) وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لاسيما ولهذا لا يقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى في كان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضا اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة (أقول) رد على ظاهر قوله لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء من ما أن يكون له مال لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثم قال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ما سيجيء اه (أقول) في كل من اراده وجوابه سقامة ما في الاول فلانه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمقرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما نقلت في ما مر وأما في الثاني فلا نأبى دنايات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه باهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوله دون مذهبنا على أنه لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كذا كرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يعد الجمل على مذهب فالتدري يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التناقث) قال صاحب العناية وصح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التناقث ثم قال فان قيل قوله فك الجبر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز

وانحجازه عن التصرف أي قبل الاذن لحق المولى (قوله ولهذا لا يرجع بحال الحق من العهدة على المولى) يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته (قوله ولهذا لا يقبل التناقث) أن تكون الاذن اسقاط الحق (قوله لان الاسقاطات لا تتوقف كالطلاق والعناق) فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الجبر

الوكالة ان وكل ميبا محجور عليه يعقل البيع والشراء وعبد المحجور عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بمكاهما قوله وهذا لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ما سيجيء ثم اعلم ان قوله وهذا اشارة الى قوله وصح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (ويشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافاً لفرقوا الشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول قال السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعدم لكونه محجوراً أو المحتمل لا يكون حجة وقتلنا جعل سكونه حجة لانه موقوف بيان الناس يعلمون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد نفى إلى حقوق ديون عليه وإذا لم يكن ما ذونا متأخراً المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضطرار بالمسلمين بالتواضع لهم ولا اضطرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر ومتحقق لان الدين قد يلمقه وقد لا يلمقه فكان موضع بيان أنه راض به أولاً والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن اذناً والمرئى اذناً أي الرهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذناً وإذا رأى رقيقه زوج نفسه وسكت لا يكون اذناً الفرق أجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكونه وليس في ثبوت (٢١٤) الاذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلمقه وقد لا يلمقه ولا يلزم من كون السكوت

اذناً بالنظر إلى ضرر متوهم كونه اذناً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصح سكونه اذناً لان جعله اذناً يبطل ملك المرئى عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الرهن أيضاً يضر وبطلان ملكه عن الثمن فترجى ضرر المرئى تحكماً لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرئى من عن اليد بان فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمه اذ زوج نفسه فاعلم بصير السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذناً واجازة دفعاً

كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافاً لفرقوا الشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً كاللحم أو لا أجنبي باذنه أو بغير اذنه يبيعاً صحيحاً أو فاسداً

الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معروف بذلك كما أنثراً البسمة والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكأن الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً اهـ كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معروف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحیح النقل به هو الاستدلال فبمعنى قوله أنه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان أتر مترتباً عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به في الذات فاني يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يراد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا ونحو ذلك ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً ونظير هذا ما حققوا في فقه من أن المنع والامتناع والمعارضة في التعريفات انما توجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات تدرجاً (قوله ولا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً كاللحم أو لا أجنبي باذنه أو بغير اذنه يبيعاً صحيحاً أو فاسداً) قال الامام الزبلي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه اذ رأى عبداً يبيع عبداً من أعيان المالك فسكت لم يكن اذناً وكذا المرئى اذراً أي الرهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اهـ (أقول) كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذراً أي عبده يبيع عبداً من أعيان ماله لا يصير اذناً في حق ذلك التصرف الذي صادف السكوت لاني حق سائر تصرفان ذلك العبد في باب التجارة مطلقاً يرشداً إليه قوله وكذا بعده لانه أسقط حقه والساقط لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن

لان

للضرورة ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان نكاح

المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يضر به أحد وقيل فيه نظراً لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكونه اجازة أولاً وعلى العوالب أن يقال أن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت اذناً ثم لا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً كاللحم أو لا أجنبي باذنه أو بغير اذنه يبيعاً صحيحاً أو فاسداً

(قوله اذنا للناس يعلمون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولوا ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولا تلك النظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر ومتحقق لان الدين قد يلمقه وقد لا يلمقه) أقول اذا كان لحق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهماً فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بمن التامل (قوله وقيل فيه نظراً لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول لو عُدِّي أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذناً كان لا جل دفع الضرر وخيل لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذناً

لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فعاقدته فيتضرر به لو لم يكن ماذوناله ولو لم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وثي من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا كالمولى (٢١٥) الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة)

إذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشيء كان أذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس يحسب باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي يبيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان ألحق بها (ولو باع بغيره بسير جاز) بالاتفاق (لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالغاش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قال البيهقي بالغبن الغاش خلاف المقصود إذا لمقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التسرع ولهذا اعتبر من المريض من الثالث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن البيهقي بالغبن الغاش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحري يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثالث ومن المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق

لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فعاقدته فيتضرر به لو لم يكن ماذوناله ولو لم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة أذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقوله أذنت لك في التجارة ولا يقيد وجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو جاز (لتعذر الاحتراز عنه) وكذا بالغاش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان البيهقي بالغاش منسبة بمنزلة التسرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد يتصرف بأهلية نفسه فصار كالحري وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون

المرتحن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل لا يربو لدلالة كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيه اذا باع عبدا مملوكا كالمولى بغير رضاه بل خلافا لمصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتمدين قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فتحوان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهيه فيصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير ماذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير ماذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينعه ذلك يصير العبد ماذونا في التجارة عند علماء الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالجر والخزير فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كإيثاره (قوله لان كل من رآه يظنه ماذوناله فيها فعاقدته فيتضرر به لو لم يكن ماذوناله ولو لم يكن المولى راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الاسقاط يعود (قوله في عاقده فيتضرر به) أي فيما اذا لحقته ديون ثم قال المولى ليس بمأذون تتأخر الديون الى ما بعد العتق ولا بدري متى يعتق وهل يعتق أم لا فيكون فيه اقواء حقهم فاذا رآه يبيع ويشتري ولم ينهه ثبت اذنه اذ لو لم يكن راضيا به لمنع دفعه للضرر عنهم حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام عند أمر يعاينه عن التغيير والتكثير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يملك ماله أو يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المرتحن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا في البيع وكذلك اذا رأى عبده يتزوج أو رأى أمته تزوجت فسكت لا يصير اذنا لهما في النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق في الحال وضرر المولى في ثبوت الاذن اذا رأى عبده يبيع ويشتري مترددا في لحظة وقد لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس في معاملاتهم (قوله في سائر التجارات) أي في جميعها (قوله ومعنى هذه المسئلة أن يقول أذنت لك في التجارة ولا يقيد به) أي ولا يقيد الاذن بنوع من التجارة فينتد يكون ماذونا في جميع التجارات بالاتفاق أما لو قيد بنوع منها بان يقول أذنت لك في التجارة في البحر يكون ماذونا أيضا عندنا في جميع أنواع التجارات خلافا لزفر والشافعي رحمه الله فكان فائدة ذكر معنى المسئلة في الخلاف لأن لا يكون ماذونا في جميع التجارات عندنا عند التقيد بنوع منها (قوله ووجه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس) لانه يحسب بالالف واللام وهم

المريض يعتبر من الثالث فالوجه حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيهقي والشراء في الغبن الغاش وقرى بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متمحيا في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما امر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيهقي والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف الصبي) اذا أذنه

(ولو جاني في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذالم يكن عليه دين وان كان في جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة لا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اذ جميع الحماية والاقتار ود البيع كافي الحر

التعليل وقتنا جعل سكوتة حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تغضى الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا تناخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بانواحقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما ان يقولوا ذلك لحاجة المعامل حيث اغترع محمد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بواردان المعامل لا يقتصر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى يتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بان من لا يرضى يتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه فاذا لم ينه علم أنه راض فجعل سكوتة اذ نادى له دفعا للفرع عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلافا منه فيما يعونه جملا لعله على ما يقتضيه الشرع والعرف في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمره بعائنه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حمايته وهلات كون المظالم عاملا دون خلافه * ثم أقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه في الفرق والرجال لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذ ارأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتب اذ ارأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا ارأى رقيقه زوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فافرق أجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر موتهم كونه اذنا

لاستغراق الجنس حيث لم يبيعه معه ويقتدي به فيستغرق جنس التجارات (قوله ولو جاني في مرض موته يعتبر من جميع الماله) هذا اذا كان مولاه صحبها أما اذا كانت الحماية فيه في مرض المولى فمحاطا به بما يتغابن الناس فيه أو بما لا يتغابن فيه جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع أو في الشراء لان العبد بانفكاك الجرع عنه بالاذن صار مالا كاللحماءة مطلقا في قول أبي حنيفة رحمه الله حتى لو باشر في صحة المولى كان صحبها منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وجاني يعتبر ذلك من ثلث ماله الحماية اليسيرة والفاخرة في ذلك سواء فكذلك اذا باشر العبد وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله محاطا به بما يتغابن الناس فيه كذلك فاما محاطا به بما لا يتغابن الناس فيه باطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عند هذه الحماية بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين محيط برقبة العبد وبما في يده أولا ماله غيره فجابي في مرض المولى لم تجز محاطا به العبد بشي لان مباشرة المولى وقيل للمشتري ان شئت فانقص البيع وان شئت فأد الحماية كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو به فيعتبر لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد دين محيط برقبته ويحجم ما في يده فمحاطا به العبد بآثرة على غرماته من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بل هو في الدين اياه والحماية وان حانت على الغرماة فالتماهي من مال المولى كذا في البسوط (قوله ولا وارث للعبد) ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث لانه رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا سقط حقه في

أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاخرة عند أبي حنيفة (ولو جاني العبد الماذون في مرض موته اعتبر بمحاطاته من جميع الماله اذالم يكن عليه دين) فينفذون زادن على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقي) يعني يؤدى دينه أولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله بحماية (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلث لنفذ تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا به) تبطل الحماية (قوله) يقال للمشتري اذ جميع الحماية والاقتار ود البيع كافي الحر

يعني اذا حاجي في مرغ موته (وللماذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه يوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن و يرهن لانهما لبقاء واستيفاء وعملك أن يتقبل الارض ويستأجر الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الارض والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزراعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدرهم لانه اذا (٢١٧) لم يحصل خارج لا يدرمه شيء بخلاف

الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أحر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو أحر نفسه بالدرهم جاز كما ينبغي فكذلك (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله أن يواجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا ذلك العقد على نفسه فكذلك على منافعه لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله في تلك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتصور به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يتعبر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها) وقال الزفر

(وله أن يسلم ويتقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويهرن ويهرن) لانهم ممن توابع التجار فانه ايضاً واستيفاء (وعملك أن يتقبل الارض ويستأجر الارض والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزراعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله أن يشارك شركته عنان ويدفع المالك مضاربه ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يواجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا ذلك العقد على نفسه فكذلك على منافعه لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله في تلك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتصور به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يتعبر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها) وقال الزفر

بالنظر الى مقصود وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصير سكوتها اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل اليه من محل آخر فـ في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطان ملكه عن الثمن فترجع ضرر المرتهن بحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرضا وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة اذا زوج نفسه فاعلم بصير السكوت فيه اذا قال بعض الشارحين نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذا و اجازة دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامانة لان النكاح يكون موقفاً لان نكاح المملوك لا يملك المولى لانه من اصلاح ملكه ومنافع يضع المالك كذلك واما لا أحد ابطال ملكه بغير رضا فكان موقفاً وأمكن فسخته فلا يتضرر به أحد وقبل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوت اجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال أن في ذلك ضرر راجعاً للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر رغبت لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا اه (أقول) كانه لم يفهم مراد من أو رد النظر اذلا كلام في أن كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذ لا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوتها اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فيثبت احتمال أن يكون سكوتها اذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يعد كون نكاحه موقفاً على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها

الثلاثين فانه ينفذ تصرف الرضا في الكل (قوله وله ان يسلم ويقبل السلم) أي وللماذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه (قوله وعملك ان يتقبل الارض) أي يستأجرها (قوله وله أن يشارك شركته عنان) قيد بالعنان لانه ليس له أن يشارك شركته مغاوضة لانها تنضم الكفالة وهو لا يملكها الا أن المغاوضة ان كانت لا تصح مغاوضة تصح عنان لان في المغاوضة عنان اذ زيادة فصع بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة ثم شركة العنان انما تصح منه اذا اشترك الشر كان مطلعة عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة أما لو اشترك المأذون لهما في التجارة شركة عنان على أن يشتري بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة جازاً للنقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة عن صاحبه وليس في النقد معنى الكفالة عن صاحبه فيصح بقدر ما يملك ولا يصح بقدر ما لا يملك كـ لو شارك شركة مغاوضة صح عناناً لذلك (قوله وله أن يواجر نفسه عندنا)

(٢٨) - (تكملة الفقه والكفاية) - (ثامن) رأس المال المأذون له بالاكتساب (عملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون عملك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعه الاجازة أن يكون من حيث ذاتها الثلاث يعود على موضوعه بالنسبة فانه ما أذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فافرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود وقال (فان أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الاذن عندنا فالحج

والشافعي لا يكون مادونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذ انهم اذن عن التصرف في نوع آخر لهما أن الاذن
توكيل وانما بمن المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا عاك جره
فيخصص بما خص به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الجرح على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد
فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف
وهو الملك واقع للعبد حتى كان

واسقاط الحق وعند زفر
والشافعي وجههما الله أنه
توكيل وانما بمن المولى لانه يستفيد
الولاية من جهته وحكم التصرف
وهو الملك واقع للعبد حتى كان
وان بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوتها فيها اذنا لم المصادرة اذ هو أول الكلام الذي طوب
الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في أن سكوتها اجازة أولا تأمل
تقف (قوله) وعلى هذا الخلاف اذ انهم اذن عن التصرف في نوع آخر (يعني اذ انهم اذن عن التصرف في نوع آخر من
التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالمضارب فيما اذا سكنت عن النهي عن التصرف في
نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكنت عنه
يكون مادونا في جميع التجارات خلافا لفرق الشافعي كذا كرفي الابضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج المرواية
قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له اذنا عاما ثم نهى عن نوع اه (أقول) هذا الشرح
لا يطابق المشرع اذ المراد به ما قرنا آفعا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف اذ انهم اذن عن التصرف في نوع
آخر وبأن ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومثله الاذن العام قدرته مع متفرعاتها في الصيغة الأولى
ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن في نوع خاص فلامعنى نلاحظ حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله)
ولنا أنه اسقاط الحق وفك الجرح على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع (أقول)
لنأخذ أن يقول ان أراد أنه اسقاط الحق بجملة وفك الجرح بنسبه فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لاصح
خلافاً للشافعي وجه الله لان عند المأذون نائب عن المولى وهو وانما جعله نائباً في التصرف في كسبه ومنافع
يده ليست من كسبه وتصرفه فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليست من كسبه لانه لا يملك بيعها
ولا رهنها بدين عليه وماليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة * وأما عندنا الاذن فك الجرح عن
المأذون بمنزلة الكتابة والمكاتب أن يؤجر نفسه فكذلك للمأذون ولا يقال الكتابة يتعلق بها الزوم
والاذن لا لاننا نقول ان محل التصرف لا يختلف بكونه لازماً أو غير لازم كالبيع مع الهبة فان محل التصرفين
واحد وهو العين وان كان أحدهما يلزم والآخر لا يلزم ونحن انما شبعنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الجرح
ثم انفكك الجرح ثبت له اليد على منافعه فبذلك الاعتياض عنها كما يملك المكاتب ولما كان للمأذون ان يعير
غيره بمنافعه فلا أن يكون له أن يؤجر نفسه أولى لان الاجارة أقرب الى مقصود المولى من الاعارة وما ذكر
الشافعي رحمه الله يقتض بالحر فانه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه (قوله) ولنا انه اسقاط الحق وفك الجرح
على ما بيناه) اشارة الى ما قال في كتاب المأذون وفي الشرع فك الجرح واسقاط الحق لانه بعد الرق بقي أهلاً
للتصرف ولا يلزم ان المولى اذا أذن لعبده في نكاح امرأة بعينه ليس له ان يتزوج غيرها مع ان الاذن فك
الجرح لان النكاح ليس نظير التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الاولي اما ولاية نفسه
أو غيره عليه والرق بخرجه من ان يكون أهلاً ولا يتعلق نفسه فكان نائباً عن المولى في النكاح ولهذا قلنا ان
المولى يحجزه على النكاح وتصرف النائب على قدر اناة الاصل (قوله) بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال
غيره) قال الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف في ذمة غيره لانه يثبت له حق
الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما استفادها بالامر فصار نائباً وتصرف العبد يلاقى
محلها هو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائباً عن غيره بانه ما ذكرنا ان أول التصرف بعد الاذن الشراء لانه
لا يملك شيئاً لبيعه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لا يملك المولى الشراء بشئ يجب في ذمته عبده
(قوله) وحكم التصرف وهو الملك) أي ملك البسد واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة

اذنالك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز فوض بالاذن في النكاح فانه فلك الحجر واسقاط الحق واذا اذن العبد ان يتزوج فلانه ليس له ان يتزوج
غيره واوجب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الاول والحق اخرج العبد من اهلية
الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيخصص بما خصه من التصرف
فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد ينصرف المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في
البرذون الخراج اوجب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله
عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته وما لكنته فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز ان يكون جوابا عن
قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهة لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم
للمولى وهو مما علة بالسند أي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان تصرفه الى قضاء الدين والنفقة
بغير اذن المولى وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه وموضعه اصول الفقهاء قال (وان اذن (٢١٩) له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء

بعينه مثل ان يقول اشتر
هذا الثوب بعينه أو ثوبا
للكسوة أو طعاما رزقا
لاله لم يكن ماذونا وهذا يفيد

ان التخصيص قد يكون
مفيدا اذا كان المراد به
الاستخدام لانه لو جعل ذلك
اذنا لاستدباب الاستخدام
لاقتضا ثمالى ان من أمر عبده
بشراء بقل بفلسين كان
ماذونا يصح اقراره بدون
تستغرق وقته ويؤخذ
بما في الحال فلا يفتقر
أحد على استخدام عبده
فما اشتدت الحاجة لان
غالب استعمال العبد في
شراء الاشياء الخفية فلا بد
من حفاصل بين الاستخدام
والاذن بالتجارة وهو انه ان
اذن بتصرف يتكرر صرحا
مثل ان يقول اشترى ثوبا

له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس
بماذون) لانه استخدام ومعناه ان يامر به بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا
ينسحب عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادالي الغلة كل شهر كذا أو قال ادالي ألفا وانت حر لانه طلب منه
المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقعد صباغا أو قصار لانه اذن بشراء ماله لا بد منه وهو نوع فيصير ماذونا
هيبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطع كاسيا في الكتاب وان اراد ان يذنه اسقاط الحق
وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه فكم في جميع
التصرفات حتى يلزم ان يكون ماذونا في جميعها كما هو المدعى فان قال المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في
بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ماذونا في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع
أنواع أجناس التصرفات فلا مرد للنقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اراد بقوله
فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك اذا أطلق ولم يقيد بنوع فهو مسلم اسكن لا يجزى مالا
لان ما نحن فيه مورد التقيد وان اراد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف
وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه واذا كان الاذن من المولى اسقاطا للحقة لا اذنا للعبد من ان يتصرف
فلا يعتبر تقيده بنوع دون نوع كما اذا رضى المستأجر ببيع عبده من يزبدون عرو وأسلم البائع المبيع الى
المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقيد لان ذلك منه اسقاط
لحق النزع (قوله ومعناه ان يامر به بشراء ثوب للكسوة) قيده لانه انما يكون استخداما اذا أمر بتصرف
واحد أما اذا قال اشترى ثوبا فعبده يكون ماذونا (قوله لانه لو صار ماذونا ينسحب عليه باب الاستخدام) فان
كل من علم انه لو اذن املوكه في شراء بقل أو جد بفلس أو ما أشبه ذلك يصير ماذونا في التجارة فبعد ذلك يصح
اقراره على نفسه بدون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فيجتمع عن استخدام مملوكه في ذلك فيغتر عليه
مقاصده في الاستخدام فلهذا الضرورة جعلنا الاذن في بعض الصور اذنا في التجارة وفي بعض جهاتنا

وبعد أو قال ببع هذا الثوب واشتر بئنه أو دلالة كما اذا قال ادالي الغلة كل شهر أو ادالي ألفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا
بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقعد صباغا أو قصار لانه اذن بشراء ماله لا بد منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر بشكر العمل المذكور
كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا وفوض بما اذا غصب العبد مائة أو أمر مولاه ببيع مائة اذن
في التجارة وليس الامر بعقد مكرروا الجواب انه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد
صدر منه صرحا فاذا بطل التقيد يظهر الاطلاق وكلام المصنف وحججه انه يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والخصصى والاذن
بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذنالك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان
لغيره ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأوجب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لا نسلم انه فلك الحجر واسقاط الاذن بل هو
توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فيقال تظهر قوة هذا الدليل لا يندفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول
فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملك له فيه

استحلال القلوب المجاهر من بخلاف المحجور عليه لأنه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه قد عاب بعض رفقاؤه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أخذوا قوت شهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس بالمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لأنه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المجاهر في الابتداء لأنه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لأنه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

ما ثبت بالدليل لا محالة ولا يلزم أن يسد باب المعارضة بالكلمة لأنهم القائمة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنهم يطرق مقبول لم يشكروا أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله ودونونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الجرح على الحر العاقل بسبب الدين ويبيع القاضى العبد بغير رضاه ولا يحجر عليه أوجب بان ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وحجر المحجور وغيره متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جوار أن يبيعه القاضى على الورثة ان امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لا يعد جرحاً لكونهم محجورين عن بيعه قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا في العناية وعامة الشر وح وعزاه في النهاية ومراج الرواية إلى النسخة (أقول) في الجواب نظر لأنه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجوراً عن بيعه قبل ذلك فإنه يقتضى الجرح على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم إن الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر إذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لأن حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا إذا أعتق الورثة عبداً من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان مال المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه إياه وسياً في ذلك كله في الكتاب فبسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا يقتضيه أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الجرح بسبب الدين وأما كون المولى محجوراً عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم

لأنه لا يمكن الكتابة مع ان المكاتب عديم ما يقي عليه درهم فالولى ان لا يملك الاعتاق على مال لأنه اعتاق في الحال (قوله لأنه قد يحتاج اليها على ما بيناه) إشارة إلى قوله استحلال القلوب المجاهر من (قوله يباع للغرماء) أي يبيعه القاضى وهذا لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لأن الدين لو كان على المولى وقد امتنع عن قضاؤه كان للقاضى على قوله ما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضى دينه فإذا كان الدين على العبد أولى لأن دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله مالم يرض المرض الموت وانما يشكل على أصل أبي حنيفة رحمه الله لأن من أصله ان الحر اذا ركب ديون وأمره القاضى بإبقاء الدين ولم يوف وأراد ان يبيع عليه ماله بغير إذنه ليس له ذلك بل يجبر على البيع وقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما قال في الحر لا يبيع القاضى عليه ماله لما فيه من الجرح عليه فإنه كان يملك يبيع ماله بنفسه فإذا باع عليه القاضى بغير إذنه كان حجراً عليه وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى الجرح على الحر المكاف فاما ما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه جرح على المولى لأن المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فإنه لو باع العبد المأذون المدين بغير رضا الغرماء لا ينفذ وإذا كان محجوراً عن بيع العبد قبل بيع القاضى لم يكن يبيع القاضى حجراً لكان وكان هذا بمنزلة التركة إذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضى ان يبيع التركة على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعد ذلك حجراً على الورثة لأنهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك متى كانت مستغرقة بالدين بغير رضا الغرماء فكذا هنا فان قيل يشكل ببيع الكسب

بشئى الى أن اهداه غير المأكول ان لا يجوز أصلاً والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فاتخذ ضيافة بمقدار دائق فذلك يكون كثيراً عرفاً والهدية بالمأكول كالضيافة وبالعقاص أن لا يصح شيء من ذلك لأنه تبرع لكن تركناه في اليسير لأنه من ضرورات التجارة استحلال القلوب المجاهر من والمجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجاهر وهو الذى عرف يبيع التجار بالمجاهز وهو فاجر المتاع أو يسافر به الى المجاهر كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (ودونونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع يدين بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يباع للغرماء الا

الآن يغديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع كسبه في دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تغويتم مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له بالارقية بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهور وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن

أن ينقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن يغديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن يغديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا الآن اختيار الفداء من الغائب غير متصور اهـ (أقول) فيه بحث لان قوله الآن يغديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز زفيرا اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثباني في المسئلة المذكورة فاما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تلك الصورتين أيضا فنأين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما هو حواجه في الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصة في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصة فيه هو العبد اهـ لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف الآن يغديه المولى كما دعاه صاحب العناية بتدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيان أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بخلاف سببه اذا دخل تحته واذا كان داخل تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والحق كذلك فتتوى حقوق الناس وقال ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز أن يكون بيانا لخر وان كان أسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وسكون التجارة داخله تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فأنهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها

فانه يبيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك يبيع العبد كالحرم المديون فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضا العبد بل يحبس به حتى يبيع قلنا الجواب عنه ان أبا حنيفة رحمه الله انما لا يرى الجرح على الحر المكف فاما العبد فيرى الجرح عليه ألا ترى ان المولى يحجره فكذلك جازحرا اقاضى عليه يبيع الكسب عليه هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصة في رقبة العبد المولى لم دون العبد ألا ترى انه لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما فاذا كان الخصم هو المولى يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يبيعه بالديون وان كان غائبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى ألا ترى انه ادعى انسان في كسبه حقا كان الخصم في ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما في حق الكسب يشترط حضرة العبد (قوله الآن يغديه المولى) أي يؤدي جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين فاذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع (قوله وذلك في تعلق الدين بكسبه) أي تحصيل مال لم يكن لا تغويتم مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالارقية (قوله بخلاف دين الاستهلاك) فانه يباع فيه لانه لا يتعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع دين

أن يغديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن حاصلا لا تغويتم مال حاصل وذلك أي غرض المولى حاصل في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (بالارقية) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجور اعليه يبيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) (أقول) (و) بالاذن وهذا ظاهر (د) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبته العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) اشارة (قوله وهذا اشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته

الى دفع الضرر وبأنه أن سبب هذا الدين التجارة لانه الموقوف والتجارة داخله تحت الاذن بالاختلاف فسيبها داخل تحتها وماذا كان داخل تحتها كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذا فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قولهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبأنه أن الدرر اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حائلا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ومن ادعى بخلاف ما ذل لم يكن كذلك فان خوف التوى عنهم عن ذلك فن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لانه يتضرره والضرر لا يكون غرضا لأجل بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو أن المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا وكان وليس فيه وفاء الم يكن دخوله في ملكه دفعا للضرر وأجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته دون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جابر لمافات من العبد والظاهر أن (٢٢٤) الدين لما استغرقت رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد فيل وليس بواضح وذلك لانه لا تنفي

بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر اللجانين وعند عدمه يستوفى من الرقبته لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيع قبل تركب الدين دون غيره بل الواضح فيه أن يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كذا كرى الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يقوته وهلاكه في ملكه لا يخرج من عن المقابلة والظاهر أنه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لا ان الشراء يغني ناه ومعنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الدين التي على العبد

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فن هذا الوجه يصلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينفي تعلقه بالرغبة فيتعاقب به ما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء

العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخله تحت الاذن أو تجارة غير داخله تحتها كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة في الجمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقرير وأما ما حمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته وما يقرره معنى الثاني تحرر صاحب الكفاي دليلنا هنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتبا عرقية العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرر صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهراً وأما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهراً في حق المولى لا محالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كفي دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور ديناً ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا وهل الاول أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته هو كانه أن ههنا المعنى بما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أى كون دين تجارته متعلقاً برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهى أى التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخلاف لزوم فرو الشافعي ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن لكان باقى المقدمات المذكورة في دليلنا الزور الاستهلاك فكذا بعده (قوله حامل على المعاملة) أى حامل للغير على معاملة المأذون وينعدم الضرر في

بالعبد ولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء يغني وهو نادى وتحقيقه أنها لو لم تكن مساوية لاختار أداء الدين دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان لمولى ذلك كسب العبد المأذون المدينون عندهما كما سيجي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما قال أجبنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرغبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر اللجانين وعند عدمه يستوفى من الرقبته دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الآن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضر الان اختيار الفداء من (قوله الى دفع الضرر) أقول يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته (قوله قبل وليس بواضح قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بغير بوضوح (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تامل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم بتسعة أسطر تخميناً وهو قوله وأجيب عنه بن المراد به بيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعاً الخ وقوله وانما أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

الغائب غير منصور لان الخصم في رقة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير مشروع وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على (٢٣٥) الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه

لا يعد حجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر قال (ويقسم ثمنه بينهم بالخصص) اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء

لحق الغرماء واجزاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وحب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستجارة وضمنان الغصوب والودائع والامانات اذا جحد هو ما يجب من العقر بوطه المشتراة بعد الاستدانة في الشراء يلحق به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالخصص) لتعلق حقهم بالرقة فصار كعاقبة التركة (فان فضل شيء من ديونه طوالبه بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانياً) كي لا يمنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يختلف في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ

بالخصص (لتعلق حقهم بالرقة نصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن بضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا باع اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شيء من ديونه) أي ديون العبد (طوالبه بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانياً) كي لا يمنع البيع (فان المشتري اذا علم أن

مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطالبة بنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله في رقبته فالوجه أن تكون كلمة هـ ذاتي قوله وهذا الاشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله) ويقسم ثمنه بينهم بالخصص لتعلق حقهم بالرقة فصار كعاقبة التركة فان فضل شيء من ديونه طوالبه بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا النظم اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص لتعلق حقهم بالرقة فصار كعاقبة التركة وان لم يكن بالثمن وضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه أي ديون العبد طوالبه بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اهـ كلامه (أقول) في تقريره محال فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سماع أداة التقرير يبع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فسامعنى الشرطية وكان حق التقرير أن يقول فسابقي عليه شيء من ديونه طوالبه بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شيء من ديونه طوالبه بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالدين بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالخصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون ففسدت الشرطية وأداة التقرير يبع كالا يخفى (قوله لان المولى انما يختلف في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم

حقه أي في حق المولى (قوله كالبيع والشراء) نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستجارة الى آخر نظير قوله أو بما هو في معناها وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع ويستحق المبيع والثمن هـ في يده (قوله والاجارة) بان يستعمل الاجرة ثم هـ لك المستأجر قبل تمام المدة (قوله والامانات اذا جحدوا) ذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة أهم من الوديعة ومن أنواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال لشركة وهذه الاشياء عند الجوردها تنقلب غصباً فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمنان غصباً لان الامين يصير غاصباً بالامانة بالجورود (قوله وما يجب من العقر بوطه المشتراة بعد الاستدانة لا استناده الى الشراء) فانه لو لا الشراء لو جب عليه الحد ولم يجب عليه العقر وسواء ثبت باقراره أو بالبينه (قوله كبلات منع) يعني ان المشتري اعلم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانياً بدون اختياره كفي حق المولى بالاذن في التجارة يمنع عن شرائه فيمنع البيع الاول حيث شدقت ضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانياً (قوله أو دفعا للضرر عن المشتري) لان المشتري لم ياذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيع سبب الدين فلو

الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لان المشتري اعلم ان العبد الذي اشتراه يباع في يده ثانياً بدون اختياره كفي حق المولى بالاذن في التجارة يمنع عن شرائه فيمنع البيع الاول حيث شدقت ضرر الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانياً (قوله أو دفعا للضرر عن المشتري) لان المشتري لم ياذن له في التجارة فلم يكن راضياً ببيع سبب الدين فلو

(٢٤) - (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن البائع الاذن فانه لا يباع عليه ثانياً وان كان راضياً بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) اي ان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يختلف في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ) (قوله ولا سبيل لهم) أقول باخذ كسبه (قوله فلم يكن راضياً ببيع) أقول اذا علم أنه يباع ثانياً يكون راضياً به

فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلو له) وهو خلو ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك (والمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما زمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلاً وأن أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء باقائه على الأذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فلو لم يكن من ذلك لجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم أذن المولى لعبده إماماً أن يكون شائعاً أو لا فإن كان (٢٢٦) الأول لم ينجح بجمعه حتى يظهر الحجر ولا كثر أهل سوقه لتضرر الناس به

(ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له (وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يكن منه ينجح عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل ردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فإن جرح عليه لم ينجح حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انجح لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما يتعلق برقبته وكسبه وقد باعوه على ربحه ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو جرح عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينجح ولو باعوه جاز وأن باعه الذي علم بحجره ولو جرح عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينجح والمعتبر شيوع الحجر واشتعاره في مقام ذلك مقام الظهور عند الكل كفي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ما أدوناً أن يعلم بالحجر كذا إلى أن يعلم بالعزل وهذا لأنه يضر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الأذن شائعاً ما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم جرح عليه يعلم منه ينجح لأنه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون بجمعه راعياً) لأن الأذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الأذن في

برضائه من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبدان اكتسب شيئاً أخذ المولى وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد جرح عليه فيتأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد باعوه على ربحه ذلك أي

يفرغ فكان ككسب غير منتزع اه (أقول) قد أدخل بحق المقام بما زاده فإن التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعديل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجره في الصورتين مع اختلاف تفاوت كيف ولو كان مخصوصاً بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعمد مثله من

يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل ولو جرح في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جازة وإن باعه الذي علم بحجره لأن الأذن لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو جرح في بيته بمحض من أهل سوقه انجح لان المعترض شيوع الحجر واشتعاره في مقام ذلك مقام الظهور

يباع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الأول فإنه أذن له في التجارة فكان ملتزماً بأنه ضرر البيع على نفسه (قوله وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) أي للمولى أن يأخذ الغلة وهي الضريبة التي ضربها على المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحسننا والقياس أن لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان أن في ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بكسبه ولا تحصل المكاسب إلا بقاء الأذن في التجارة ولو منعناه عن أخذ الغلة لجره عليه فينسب باب الاكتساب (قوله كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام) فإن الذي إذا سلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتهار حكم الخطاب في دار السلام والحرب إذا سلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأن حكم الخطاب غير منتشر في دار الحرب (قوله وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) هذا هو الأصل لأنه إذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية التمسح في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد

عند السكك دفعاً للحرج كفي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالأذن إلا العبد ثم جرح عليه يعلم منه ينجح لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج إلى قيام الأهلية حاله البقاء كابتداءه وعلى هذا إذا مات المولى أو جن جنونا طبقاً وقد تقدم في الوكالة تعريفه وأطلق بدار الحرب انجح المأذون لا انتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً لأن اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعديل بالأهلية وفيه بحث فالحق تعميمه التعلق بكسبه أيضاً (قوله ومعناه أنه أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما زمته الديون الخ) أقول قوله بعد ما نظر إلى قوله أن يأخذ قال المصنف (وإن باعه الذي علم بحجره) أقول لفظه أن لا يصل

قال (واذا أبقى العبد صار محجوراً عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ما ذوناً لأن الأباقي لا ينافي ابتداء الأذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الأبق في التجارة وعلم به العبد كان ما ذوناً فلا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له يئنة أو يكون الغاصب مقرراً صريحاً وكونه (٢٢٧) مغصوباً لا ينافي الأذن فكذلك كونه أبقاً

(ولنا أن الأباقي مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه ما ذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه) ولم يتحقق ذلك من الأبق فلا يكون راضياً به وانما يمكن مانعاً في الابتداء لا مانعاً في مجرد الدلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاد من الأباقي هل يعود الأذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستلزام المأذون لها جرحاً عليها) إذا لم يصرح بخلافه (وقال الزفر رحمه الله ليس بجرح اعتباراً بالابتداء) فإن المولى لو أذن لام ولده جاز فكذلك إذا استولاه بعد الأذن وهو القياس واستحسن العلماء رحمه الله جرحها بالاتفاق لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يحسن أم ولده ولا يرضى بخسرها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون مجرد الدلالة ولا معتبر به عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتهان وكتبها ديون لا تلافياً لاعتقاده بغيره) فحق الغرماء انبه بمتنع البيع وبه يقضى حقهم

حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللعوق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبقى العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي يبقى ما ذوناً لأن الأباقي لا ينافي ابتداء الأذن فكذلك لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الأباقي مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه ما ذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الأذن لأن الدلالة لا معتبر به عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا أوليت المأذون لها من مولاها فذلك جرحاً عليها) خلافاً لغيره وهو يعتبر بحالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحسنها بعد الولادة فيكون دلالة الجرح عادة بخلاف الابتداء لأن التصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتهان وكتبها ديون) لا تلافياً لاعتقاده بغيره فحق الغرماء انبه بمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدان المأذون لها أكثر من قيمته فادبرها المولى فهي ما ذون لها على حالها) لا لعدم دلالة الجرح إذا العادة ما جرت بتخصيص المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضاً والمولى ضامن لقيمتها لما قرره في أم الولد قال (واذا جرح على المأذون له فاقراه جازاً فيما في يده

المصنف رحمه الله قط (قوله بخلاف ابتداء الأذن لأن الدلالة لا معتبر به عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول إذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الأبق محجوراً في البقاء أيضاً إذ قد وجد التصريح بالأذن من المولى في الابتداء فكذلك دلالة الأباقي على الجرح في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالأذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الأباقي فالعلوم قطعاً انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها ومن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء مأملاً

فاذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الأذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء (قوله وصار كالغصب) معناه لو أذن المولى للعبد المغصوب يصح فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الأذن فهنا كذلك وذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل فقال وأما لغصب هل يمنع ابتداء الأذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان الاختذ بان كان الغاصب مقرراً أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الأذن لأنه إذا بقي له امكان الاختذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة فيصح الأذن فكذلك يبقى الأذن وان لم يبق للمالك امكان الاختذ بان كان الغاصب جاحداً ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الأذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الأذن أيضاً وان عاد العبد من الأباقي هل يعود الأذن لم يذكر محمد رحمه الله هذا التفصيل والصحيح أنه لا يعود كذا في النهاية (قوله لان التصريح قاض على الدلالة) لأنه صريح بخلاف الدلالة وهي أن الإنسان يحسن أم ولده في العادة وانما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فالأمر مع التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي إنسان يجعل إذا في تناول عادة إلا إذا صرح وقال لا تأكل فان قيل كيف يبطل أذنها صريحاً بدلالة الجرح والشئ لا ينتقض بما هو دونه قلنا لا نسلم أنه إذا صرح بجرحها لم يبطل أذنها فلو سلم بقاء الأذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتاً بتدليل وهذا الجرح ثبت بالدليل فكأن أقوى (قوله لما قرره في أم الولد) وهو قوله لا تلافياً لاعتقاده بغيره فحق الغرماء (قوله وان جرح على المأذون فاقراه جازاً) بخلاف ما إذا بيع المأذون فإنه لا يجوز لقراره فيما في يده بالاجماع (قوله فيما في يده) قيد به لأنه لا يصح إقراره فيما انترعه المولى من يده

قال (واذا استدان المأذون لها أكثر من قيمته) معناه ظاهراً وانما قيد بكونها أكثر من نظير الفائدة في أن المولى يضمن قيمته ديون الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكميها) أي حكم الأذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الجرح لا يؤثر في الجرح عليه قال (واذا جرح على المأذون له فاقراه جازاً) إذا جرح على العبد المأذون له فاقراه فيما في يده

(قوله وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الأولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبقى الأذن على ما كان إذا اختلف في صحة

من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق
القرار يفهم منه ما كان مضى وما كالدون والغصوب قين أن المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك في قضى بما في يده للقره (وقال أبو يوسف
ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لا قراره اما الاذن أو اليد ولائى منهما بموجود بعد الحجر أما الاذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلان
الحجر أبطأ لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ودياننا لان سلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه تحذها والمستله في
المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت (٢٢٨) الوديعة كسب ألقته الى مح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب

من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى ما
في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان
كان اليد فالجحر أبطأ لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره
بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون
فيما أخذ المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وقراره دليل تحققها
بمخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل اقراره لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه
ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا باعه لان العبد قد تبذل

(قوله لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالجحر أبطأ لان يد المحجور غير
معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة الميسر بقوله عبد استودع رجلا
وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة باجرا كان العبد أو محجور اعليه فلو لم يكن ليد المحجور واعتبار لما
اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي
أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم تجعل كذلك فلم يذ أن ليد اعتبارا وان كان محجورا والليل على هذا
ما ذكره الامام الاستروشنى في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا
يكون لمولاه أن يأخذ من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا يابها في الفصل السادس
عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أو ما اذا علم أنه كسبه فلمولى حق
الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هذا كلام صاحب
النهاية يتوقفا على أن قوله صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أنصهر من الاولى
(أقول) ذلك الجواب لا يسمي ولا يفتى من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما ذكره مع كونه مما ياباه قطعا
ما ذكره الامام الاستروشنى في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما سرفى آخر السؤال لا يجدى نفعا
في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التاويل أن في صورة
أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور وكسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها
بل انما يأخذها لان العبد قد تحقق أن يكون للمحجور يده بمنزلة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كنية

قبل اقرار (قوله من المال) قيد به لانه لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالاجماع (قوله لان يد المحجور
غير معتبرة) أى فيما هو من كسبه أو فيما عرف أنه من مال المولى وإذا لم يكن كذلك فیده معتبرة ولهذا اذا
استودع عبدا رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة بما ذونا كان العبد أو محجور اعليه فلو لم يكن ايد
العبد المحجور واعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليد في كسبه وفيما علم أنه للمولى وفي الفصل
السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أو ما اذا علم أنه كسب
العبد فلمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنه مال المولى كان للمولى أن يأخذ

بان تاويلها اذا لم يعلم المودع
أن الوديعة كسب العبد
أما اذا لم ذلك فله ولى أخذه
وكذا اذا علم أنه مال المولى
ولم يعلم بأنه كسب العبد
(قوله وصار كما إذا أخذ المولى
كسبه من يده قبل اقراره)
بيان لا بطلان الحجر يد مسائل
متفق عليها فان المولى اذا
انتزع ما بيده لا يسمع اقرار
العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا
باع العبد من غيره وثبت
الحجر به لم يصح اقراره ولا
يصح اقراره في حق الرقبة
بعد الحجر حتى لا يتابع رقبته
بسبب ذلك اقرار بالاتفاق
(ولابى حنيفة رحمه الله أن
المصحح لا قراره هو اليد ولهذا
لا يصح اقراره بما انتزعه
المولى من يده) لزوال المصحح
(واليد باقية حقيقة) وحكما
أما حقيقة فظاهر لان
الكسب في اقرار بما في يده
وأما حكم لان شرط بطلانها
بالجحر حكما فراغها عن حاجته
واقاره دليل تحققها
ولقائل أن يقول الاقرار
دليل تحقق الحاجة مطلقا
أوعند هضمه الاول بمنوع
والثاني مسلم ولكن مع هذا

الافراق في حيز النزاع فلا يصح أخذه في الدليل والجواب أن مظاهه دليل تحققها حال المقرر على
الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها صح بما انتزعه المولى من يده قبل اقراره أوجب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلان
الكلام فيما انتزعه من يده قبل اقراره وأما حكمه فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو
باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما إذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهد به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر
الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل قال المصنف (وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول مخالف لما سبق في المضاربة

وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث برفرضي الله عنها وقوله (فلا يبق ما ثبت بحكم الملك) يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبدل العبدان العبد اذا (٢٢٩) باسمه شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه

بالتسليم والتسليم والرد يعيب
وغيره بعده كعبد آخر لم
يباعه ولولا تبدله لكان
خصما لصدور المباشرة
عنه حقيقة قال (واذا لم يمتد
دون) اذا لم يمتد دون فلا
يحتاج اواما أن تحيط به
ورقبته أو لا تحيط بشئ من
ذلك أو أحاطت به الدون
ورقبته فالاول كما اذا اذن للعبد
فاشترى عبدا يساوي ألفا
والمأذون أيضا يساوي ألفا
وعليه ألفا درهم والثاني
أن يكون عليه خمسة أئة

دهم والثالث أن يكون
عليه ألفا درهم ففي الاول لم
عك المولى ما في يده (ولو أعتق
عبدا من كسبه لم يعتق
عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
عك ما في يده ويعتق وعليه
قيمة لان سبب الملك في كسبه
وهو ملك الرقبة فدو جد
فان ملك الاصل على الملك
الفرع (ولهذا اعانها)
يعني الرقبة (ووطه الامة
المأذون لها وهذا) أي

المذكور من ملك الاعناق
وحل الوطه (آية) كمال ملك
الرقبة فكان سبب الملك
في الكسب موجودا على
الكمال فملكه وينفذ فيه
اعتاقه فان قيل سلنا ذلك
لكن المانع متحقق وهو
اساطة الدين فانها تمنع عن

بتبدل الملك على ما عرف فلا يبق ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما يباشره قبل البيع قال (واذا
لزمه ديون تحيط به لانه لو قبضه لم يبق ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقال عك
ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا عك اعتاقها ووطه الجارية
المأذون له وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه ثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند اساطة الدين

والم لم يكن فيها كلمة لا يثبت مدعى الامام في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقولهما
في التعليل لان يد المجهور وغير معتبرة أن يده غير معتبرة في شئ من الصور والمندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا
القدر من السكينة يكفي في اثبات مدعاهما ههنا لاننا نقول هذا القدر من السكينة أيضا غير متحقق لان من الصور
المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده أمانة لغيره ففي هذه الصور فاذا لم يعلم أن ما في يده
كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد
تأويلها من تلك الصور وأيضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصور أيضا اذا لم يعلم أنه
كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه
وعظم منافعه اذا يزل عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب
ذو اليد تدبرتهم (قوله فلا يبق ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك
المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشروح أيضا هذا المعنى وان اختلفت عباراتهم
منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبق للعبد المأذون بعديعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك
ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظران عدم بقاء
الاذن مقرر فيمان نحن فيه أيضا وهو ما اذا جرح المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصد الفرق
من قبل أبي حنيفة بين مانع فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبق ما ثبت
بحكم الملك هو الاذن لما كان له كبر هذه المقدمة أعني قوله فلا يبق ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم
اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون مانع فيه فيلزم أن يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا
ينبغي ذلك لمثل المصنف والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المذكور بوجه الحكمية كجهو
المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلان الحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك
فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الثبات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الا من يده الحكمية بخلاف مانع فيه فان اليد فيه
باقية حقيقة وحكمها لم يفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فاعلم وكن الحاك
القبيل (قوله واذا لم يمتد دون تحيط به لانه لو قبضه لم يبق ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقال عك
ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا عك اعتاقها ووطه الجارية
المأذون له وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه ثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند اساطة الدين

(قوله لانه ثبت الملك له نظرا للمورث) وهذا لان صرف اكتسابه الى أقرب الناس اليه نظري حقه كيلا
يتعطل سعيه في دار الدنيا ومتى كان على الميت دين مستغرق فالنظر في ضده لان قضاء الدين فرض عليه وانه
حائل بينه وبين ربه وأما ملك المولى كسبه عبده ليس باعتباره نظرا للعبد بل باعتباره أنه يستحيل وقوع الملك له
مع قيام الرقبة فيه وهذا المعنى قائم بعد الاذن وثبوت الدين ولا يبي حنيفة وجهه أنه أن ملك المولى انما يثبت بخلافه
عن العبد بعد الفراغ من حاجته ملك الوارث اما أن الكسب في الاصل ملك الكاسب وانما يخلفه غيره بعد
انراغه عن حاجته ولهذا الوارث امتنع المولى من الانفاق عليه أمر العبد بالكسب والانفاق على نفسه وما فضل عن
حاجته رد على المولى وما قال انه وجد سبب الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فان ملك الرقبة
موجود ولا يملك المولى أ كسابه والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك المانع وهو حاجته الى قضاء دينه

ذلك كأي التركة اذا استغرقها الدين فانها تمنع اعتاق الوارث أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه ثبت الملك له نظرا للمورث) بإصال ماله الى
أقرب الناس اليه وهذا يقدم الأقرب فالأقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند اساطة الدين بتركته (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك
(قوله فان قيل سلنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

لوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه الميراث صله واذا كان سبب الملك النظار وقد فاته الملك ولا عتق في غير الملك (أما ملك المولى فما ثبت نظر العبد) لبراع ذلك بعدم العتق (٢٣٠) حتى تنقضي دينه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق

حقهم به ولا يحنقه ترجمه
الله أن ملك المولى إنما
يثبت خلافة عن العبد عند
فراغه عن حاجته كملك
الوارث على ما قررناه) يعني
في مسألة تعلق الدين بكسبه
(والمال الذي أحاط به
الدين مشغول به فلا يخافه
فيه) يعني كما أن الدين
المحيط بالتركة يمنع ملك
الوارث في الرقبة فكذلك
الدين المحيط بالكسب
والرقبة يمنع ملك المولى لان
الخلافة في الموضعين لانعدام
أهلية الملك في المال فإلّا
ليس بأهل للملكية
كالرقيق لان المالكية عبارة
عن القدرة والموت والرق
يناقضان ذلك بل منافاة الموت
أما هو والميت جعل كالملك
حكم القيام حاجته الى قضاء
دينه فكذلك الرقيق (واذا
عرف ثبوت الملك عندهما
وعلمه عنده عرف العتق
وعلمه لكونه فرعاً) فمن
قال بثبوت الملك نفذ العتق
ومن لم يقل به أبطله وفي
الثاني ملك المولى كسبه
(ويغفقه في قولهم جميعاً
أما عندهما فظاهر وكذا
عنده لان كسب العبد
لا يعرى عن قليل الدين فلو
جعل مانعاً لتسديب
الانتفاع كسبه فيجوز ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع

بتركه أما ملك المولى فما ثبت نظر العبد وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول به فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعلمه فالتعق
فريقته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطاً بماله جازعته في
قولهم جميعاً) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعاً لتسديب باب الانتفاع بكسبه
فيجوز ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال

ورقبة أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فلا دل على كذا اذن للعبد فاشترى عبد يساوي ألفاً
والمأذون أيضاً يساوي ألفاً وعليه ألفاً درهم والثاني أن يكون عليه خمسة مائة درهم والثالث أن يكون عليه
ألف درهم اه (أقول) لقاتل أن يقول هذه القسمة ليست بحاضرة اذهنا احتمال قسم رابع وهو أن
تحتيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المدون
في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدماً على تعلقه برقبته
فلم يتصور في الشرع أن تحتيط دينه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحقّقها في
الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا لزمه ديون ولهذا لم يأنفد الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا يتحقق له
في الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطاً بماله جازعته في قولهم جميعاً) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين
محيطاً بماله ورقبته جازعته في قولهم جميعاً كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة الا أنه اكتفى
بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفاً من أن تعلق الدين بكسبه مقدم على تعلقها
برقبته واذا لم تحتط الدين بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع
في عامة الكتب من قبيل التهمير بما علم التزام الجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف
ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المشار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية في ما قبل
وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا لزمه ديون تحتيط بماله ورقبته لم يملك المولى
ما في يده ولو أعتق من كسبه عبد الم يعتق عند أبي حنيفة وقال ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم
القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب
ونقل بعض الشارحين عن ييوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين
صاحب غاية البيان أنه قال في ييوع الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن
لعبد في التجارة فاشترى عبد يساوي ألفاً وهو يساوي ألفاً على الاول ألف درهم وبنا فاعتق المولى العبد
المشتري فعتقه جائز وان كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في
الوجهين جميعاً اه (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في

لانه لما صار بمنزلة الحر في حق التصرف والسدوا الحر المدون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين
فكذا هنا (قوله وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد) فان قيل المولى كيف يتلقى الملك من العبد
بجهة الخلافة والعبد ليس بأهل الملك المال بشرط الخلافة تصور الاصل قلنا العبد ليس بأهل الملك مستقر
لكنه أهل الملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه آدمي بمنزلة الحر ومن
حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حراً مطلقاً لملك المال ملكاً مستقراً ولو كان مملوكاً مطلقاً كالبهيمة لم يملك
أصلاً قلنا بانه يملك ملكاً مستقراً لعلما بالشبهين (قوله وكذا عنده) أي في قوله الاول وفي قوله
الآخر لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن
(قوله ولهذا لا يمنع ملك الوارث) أي في قوله الآخر

(واذا)

الشارحين عن ييوع الجامع الصغير أن العتق فيما نزل

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المدين الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لانه كالاختي عن كسبه اذا كان عليه دين) و يعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا او قليلا (لانه منهم في حق مولاه) بيله الية عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمته فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة اوجب بانه موهوم حيث انه لم يمس عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وايس يصح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله وبخلاف ما اذا باع الاجنبي أي انه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة ويسع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة ترجمته الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تاباه قلت ذلك الوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله وبخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معسطقا ولا يريد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى (٢٣١) الجواب والظاهر عدم الواو بجعله

متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقرر بكلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باده قيمة أما بحق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غنير فافترقا أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن

(واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمته فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم بيع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الخلفي الذي ذكر في الكتاب وأول في الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه من حاجته والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلقه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعاقته ولا يخفى أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فبما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز اعاقته فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شيء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كابدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال علم أن العبد المادون المدين اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد اذ قد مر في المسئلة الاولى أنهم ما قالوا الاولى ملك ما في يد العبد المادون ولو أحاطت ديونه بماله و رقبته وهذا لو أعق من كسبه عدا بعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى ينشئ التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتم في الترجمة (قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اه ورد عليه صاحب الغنية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس يصح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس يصح فانه معطوف حينئذ على قوله وبخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة ترجمته الله على أن يكون (قوله وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المادون المدين شيئا من كسبه من المولى

الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصه حاجب هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والجميع أنه قول السكك لان المولى بسبيل من تخصيص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمرض المدين في تصرفه مع الاجنبي

(قوله وليس يصح لانه معطوف بلام معطوف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله وبخلاف ما اذا باع الاجنبي أي أن مسئلة القدوري المتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها انشائي وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك الوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه للاجنبي بمثل قيمته دالة كما لا يخفى (قوله ولا يريد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يريد بان يقال اذا باع يبيع المادون من الاجنبي بالمحابة ينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بها وبدونها أيضا فاجاب بقوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف باع باقر قوله والظاهر عدم الوارد في قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث (قوله فافترقا أي المولى والمريض) أقول الظاهر بأن يقال أي العبد والمريض

(قوله وعلى المذهبين) أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعترض بين الحكم والدليل إيمان تساوي المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه اذا باع من مولا بنقصان يسير أو كثير لا يجوز ولا يخير ويوعى مذهبهما يجوز ولكن بخير المولى (ووجه ذلك) أي وجه الجواز مع الخيار (أن الامتناع) من البيع بالنقصان (لرفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا) أي الذي ذكرناه من الجواز والخير (بخلاف البيع من الاجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها) أي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلهو البيع عن الثمن في قدر المحاباة وأما البيع فله دخوله

الاستخلاص بإدائه قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمدان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء وجهه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم القومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للثمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن في البيع مع الاجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا الفرعان على أصلهما قال (وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه

تجب تقويم القومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للثمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذى منه في البيع مع الاجنبي وهو إذن بمباشرة بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فبازالة المحاباة وهذا الفرعان بلغة التنبيه وفي بعض النسخ وهذا الفرعان قال في الهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرية حيث لا تجوز عندهما مع الاجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة فترجه

معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملاستان بخلاف ما اذا باع الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق القسمة والنشر الغير المترتب أي المسئلة الثانية ملاسبة بخلاف ما اذا باع الاجنبي والمسئلة الاولى ملاسبة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا أن كلتا المسئلتين ملاسبتان بكلتا الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الوارث وجهها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة

بمثل قيمته جاز وان لم يكن مدونا لا يجوز (قوله وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء) اذا باع من المولى شيئا بنقصان لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله فاحشا كان الغبن أو يسيرا وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن بخير المولى بين أن يزيل الغبن وبين أن يتركه بنقصان البيع (قوله ووجه ذلك) أي وجه الجواز مع الخيار (قوله وهذا الفرعان على أصلهما) لان أبا حنيفة رحمه الله لم يجز بيع من المولى لاجنبي باليسير ولا بالغبن فاحشا لا يحتاج الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو جواز بيع العبد من الاجنبي بالغبن الفاحش وعدم الجواز من المولى والفرق ما ذكر في الكتاب وعلى أصلهما يحتاج الى الفرقين أحدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما والثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبي حيث لا يجوز بيعه من الاجنبي مع المحاباة أصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا أيضا كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح قوله كقولهم لان المولى يستبد من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولا كالمريض المدين في تصرفه مع الاجنبي (قوله لان المولى أجنبي عن كسبه) هذه النكتة على قول أبي حنيفة رحمه الله

انه على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي ما لم يفرع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام قال (وان باعه المولى شيئا) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أي العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر برده لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالته العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلوفرص بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده حتى لو ألتف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئا أو خصمه منه

(وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجب على ما قلتم أن نغالب بقوله (وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز أن يستوجب على عبده ما اذا كان ذلك الدين (٢٣٣) متعلقاً بالعين كالكاتب فان المولى

استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لا يتعلق برقبته وهذا لان المبيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده مالم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعها بكثر من قيمته جاز لكنه يغير بين ازالة الحباطة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب الميسر وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً كما ذكر في جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه دينون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو بخود الوديعة أو اتلاف المال (فاعتاقه جاز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به (لانه ألتف ما تعلق

ولانه في هذا البيع ولانه قيد فانه يدخل في كسب العبد لما يكن فيه ويمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا الثمن وجملة التصرف تتبع القاعدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين قال (وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعها بكثر من قيمته يؤمر بإزالة الحباطة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه دينون فعتقه جاز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه (وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما ألتف ضمناً فبقى الباقي عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المذنب وأم الولد المأذون لهما وقد كتبهما دينون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقههم فلم يتضمن شيئاً

ومعطوف على قوله وان باعته بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أو لامن التوجيه الوجهية الا أن الظاهر أنه قدر أي توجيه صاحب معراج الدراية مع ذلك جزم بانه معطوف بلام معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيهه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه جعل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس باعدياً وقع مجامع اخذاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو يجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سبقي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت الحباطة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع مثلاً القيمة أو بيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأباه اهـ كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه قلت ذلك الوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز الحباطة معه مطلقاً ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالاً عليه حتى يحتاج الى الجواب اهـ (أقول) ليس هذا أيضاً وارداً لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز الحباطة معه مطلقاً كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الاول

والثانية الشائنة وهو قوله ولانه قيد على قولهما وعلى قول الكل (قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين) والمولى أحق بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه ولا يجب دس في ذمته ويجوز أن يكون عين ملكه في يده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب شيئاً من ماله أو أودع مالا عند عبده (قوله اذا كان يتعلق بالعين) كالكاتب لما كان للمولى تعلق برقبته جاز أن يجب عليه بدل الكتابة وكذلك المستسعى عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله ولو باعها بكثر من قيمته يؤمر بإزالة الحباطة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد) كذا ذكره في المسئلة السرخسي وغيره في شرح المبسوط

(٣٠ - (تكملة الفقه والسكافية) - ثامن) به حقهم بيعاً واستيفاءً من ثمنه وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما ألتف (فبقى الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المذنب) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعني القدوري

مفهوم بالعبارتين والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى
وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف ما إذا جازى الاجنبي أى أنه يجوز فى كل حال أعنى إذا كانت
المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة فاذن اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي وبين
بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع أن فى كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى
الجواب عنها بقوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق
بعينه يعنى أنه لا يجوز زعمه ببيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف
يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك ههنا أنضمام تلك الدلالة فلا محذور فى ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن
يجعل قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به وقال ناج الشرعة قلت ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا ولا لأنه أول
مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكاذب دون قوله بخلاف ما إذا جازى الاجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باع من
المولى بنقصان لم يجوز مع الاجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الاجنبي
بالمحاباة فادخل الواو دفع هذا الوهم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد مأو ولا فلان قوله لأنه أول مسئلة موروثة
نقضاً على مسئلة الكاذب دون قوله بخلاف ما إذا جازى الاجنبي لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باع من المولى بنقصان
لم يجوز مع الاجنبي جاز كلام خال عن التفصيل لأن مسئلة الكاذب ههنا اثنتان أولاً ما إذا باع من المولى
شيئاً بمثل قيمته جاز وأخراً ما إذا باع من باعه بنقصان لم يجوز فكأن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث
بمثل قيمته يدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف
ما إذا جازى الاجنبي يدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة بمحاباة المأذون مع الاجنبي وكأن قوله بخلاف
ما إذا جازى الاجنبي لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاه شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الاجنبي
بنقصان كذلك قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من
مولاه شيئاً بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من دارته بمثل قيمته فان أراد ناج الشرعة بقوله المذكور رأين
الاولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكاذب أى مختصر القدورى دون الاخرى منهما فليس بصحيح إذ
كلتاهما مسئلتان مذكورتان معاً في مختصر القدورى وان أراد بذلك أنهما وان كانتا معاً مسئلتي الكاذب الا
أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ يدفع توهم انتقاض دون قوله بخلاف ما إذا جازى الاجنبي فإنه لبيان
الفرق فليس بصحيح أيضاً لأن دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق قصداً أحدهما يستلزم قصد الآخر
على أنه لا تأثير لهذا المعنى في اثبات المسئلة بلا ولا كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت مدعاه وان أراد به أن قوله
وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتي الكاذب وقوله وبخلاف ما إذا جازى الاجنبي متعلق بأخراًهما
فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى فلنا قد تقرر في علم الادب أن الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيه فادخلوها
لا يقتضى التفرقة فى الوقوع ولا فى التعلق فلا محذور فى إثبات الواو ههنا أصلاً أو ما نبدأ لأن قوله وانما
أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا
الوهم ليس بتمام أيضاً لأنه إذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحاً للعطف
فمعنى قوله من قبل ينبغى أن يأتى بالمسئلة بلا ولا لأنه أول مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكاذب وان
لم يكن صالحاً فكيف يصح ادخال الواو والعطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو
للعطف فنأين بدفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأولى المسئلة
وفى كلامه تعقيداً وتقدراً كلامه هكذا وان باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان
عليه دين بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز زعمه لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه
أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أى
المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكّر قوله وان باع بنقصان
من غير ذكّر خلاف ويحتمل أن يكون البيع فاسداً عند أبي حنيفة رحمه الله على قول بعض المشايخ كإبي

قال (وان باعه المولى وعليه يدون تحيط برقبته وقبضة المشتري وغيره) معناه باعه بشئ لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم يتعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أتلفناه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعون أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا والبيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة (٢٣٥) اللاحقة كالاذن السابق) ولو كان

البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي يدونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجي وكذا اذا كانت يدون على الماذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى باكثر من قيمته أو باقل منها جازيعة وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالىة وهذه فوائد القود المذكورة وقوله (كفى المرهون) يعنى أن الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم أجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضى اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولا يكتفى منى وهو أن حقهم كان فى بيع

قال (وان باعه المولى وعليه يدون تحيط برقبته وقبضة المشتري وغيره) فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان العبد يتعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كفى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فلهم المولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كانه أن رد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعله بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم

لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان جعل الظاهر هنا عدم الواو بناء على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب ونزوح عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة فى حل هذا المحل ثم ان فى تقريره خلافا آخر فانه قال فى تفسير قول المصنف فافترا أى المولى والمرىض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمرىض كما لا يخفى على المتأمل والجب أنه قال بعد ذلك فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا الى أن يقال فى جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المرىض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه يدون تحيط برقبته وقبضة المشتري وغيره) فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري (قال الشراح انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعون أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) لاقائل أن يقول فاذن يفتى أن يكون الضمان فى هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغيب العبد الذى فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجي فى المسئلة الثانية فان قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الا أن فى البائع أيضا سببية له اذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الا أن سببية ذلك بعيدة وقد تقر عندهم ومراراً أن

الفصل الاول وهو منصوص عليه فى الحضر وغيره (قوله فيخيرون فى التضمين) ثم ان ضمنوا المشتري يرجع المشتري بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو غفروا به وان ضمنوا البائع قيمته ثم البيع الذى جرى بين البائع والمشتري لزال المانع (قوله والاجازة اللاحقة كالاذن السابق) فان قيل يشكل بما اذا كف رجل عن غيره بغير اذنه ثم أذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه فلما لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف لزمه على اجازة الغرماء (قوله كفى المرهون) أى الراهن اذا باع المرهون ثم أجاز المرتهن البيع (قوله وأعله بالدين) أى أعلم البائع المشتري بان هذا العبد الذى

العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأوجب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر فى البيع بل لهم الاستعلاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر فى بيع التركة فافترا قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعله بالدين) اذا قال المولى هذا العبد الذى أبيع بمدون يريده سقوط خيار المشتري فى الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب لزوم فى حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا فى التعليل الذى ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق فى آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الترفع الوصى

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمته محذوف من المتن (وفي كل منهما فائدة فالاول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص)
ان لم يف بدونهم (مجمل وبالبيع تغوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ) تاويله اذ لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في
البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل (حقوقهم اليهم) قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع

(٢٣٦)

وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص مجمل
وبالبيع تغوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تاويله اذ لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة
في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقوقهم اليهم

الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثمن صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو أن حقوقهم كان في بيع
العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن
ذلك بان حقوقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصراً في بيع التركة
فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلاً لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد
أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث
المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الغائبة في التضمين وقد صرح
بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان
أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان أنه لفظ محمد
في الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فاما اذا باعه بغيره أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة
في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به
أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقوقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان
لان حقوقهم كان في بيع العبد بغيره والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعاً *
ثم أقول في الجواب المذكور نظراً لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تغويته حق الاستسعاء
للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الدين بالتزام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم
كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع دونه لهم لافي مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغيب حق
الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فوته وهو جميع ما يمكن استيفائه بالاستسعاء
من الدين ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا)
تاويله اذ لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقوقهم اليهم) قال صاحب
النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفي بدونهم كاهو المذكور في باب
جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لغفر الاسلام وما ذوق في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذ لم

لا يستلزم نفي الرد لجواز أن
يصل اليهم الثمن ولا محاباة
في البيع لكن لا يفي الثمن
بدونهم فيبقى لهم ولاية الرد
والاستسعاء في الدين
وأجيب بانهم قد رضوا
بسقوط حقوقهم حيث قبضوا
الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد
وفيه نظر لانه يذهب بفائدة
قوله ولا محاباة في البيع
فانهم اذا قبضوا الثمن
ورضوا به سقطت حقوقهم وان
كان فيه محاباة ولعل
الصواب أن يقال قوله ولا
محاباة في البيع معناه أن
الثمن يفي بدونهم بدليل
قوله والثاني ناقص مجمل
فانه انما يكون ناقصاً
اذا لم يف بالدين فان قيل
اذا باع المولى عبده الجاني
بعد العلم بالجناية كان مختاراً
للغداء فبالا هذا لا يكون
مختاراً للقضاء الدين من ماله
أجيب بان موجب الجناية
الدفع على المولى فاذا تعذر
عليه بالبيع طول بقاء
الواجب عليه وأما الدين
فهو واجب في ذمة العبد
بحيث لا يسقط عنه بالبيع
والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد
العتق فلما كان كذلك كان
البيع من المولى بمنزلة أن
يقول أنا أقضي دينه وذلك
عدة منه بالتبرع فلا يلزمه

أبيعك مديون وفائدة هذا الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بغير الدين حتى يقع البيع لازماً في باب
البائع والمشتري وان لم يكن لازماً في حق الغرماء اذ لم يكن في ثمنه وفاء بدونهم (قوله فالاول تام مؤخر) الى
زمان الاستسعاء والثاني ناقص مجمل هذا اذ لم يكن في الثمن وفاء بدونهم (قوله قالوا تاويله اذ لم يصل اليهم
الثمن فان وصل ولا محاباة ليس لهم أن يردوه) أي ليس للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع
بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن وفاء بدونهم ذكر الامام قاضي خان وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثمن لا يفي
بدونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى أن تصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري
فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع على أن لهم حق
القبض اذ لم يكن في الثمن وفاء بدونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله
اذا باع بثمن لا يفي بدونهم كاهو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لغفر الاسلام وما ذوق

قال

وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فان قيل كيف يندفع بمذاذها بغيره بقاء قوله ولا محاباة فلنلان الوصول
لا يستلزم القبض فانه يكون باحضر الثمن والتخلي بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالة لا تخلو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم بدینهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا وهو سلسلها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يفي بدینهم كان لهم أن يردوا البيع لغوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من دينهم على العبد وما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يفي الثمن بدینهم وان لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الدين اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسند حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينقض ذلك اللفظ حينئذ بيا بالانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام فاضلنا في جاء به بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بدینهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم دينهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدینهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجال وأوردنا في الجواب حيث قال قيل في عبارة تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بدینهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الدين وأجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولا في الجواب المذكور فنظر آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لسان تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم لانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدینهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يقدش في نفي رددهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي أوردده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به ابل نرد البيع فتبقى العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتشبه في ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بدینهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يفي بالدين اه (أقول) وفيه نظر أما أولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يفي بدینهم لذهب فائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذا لا شك أن الثمن اذا كان يفي بدینهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذا يفي لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستسعاء من وقته فلا تنصرف فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء

لجامع الصغير اما ضحان والخنيرة (قوله فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) هذه المسئلة تختلف فيها أما اذا كان المشتري غائبا والبائع حاضر فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشتري لان الملك والبذل للمشتري وابطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فسلم يطل ملك المشتري لا تكون الرقة محل لحق الغرماء الا أن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لان بالبيع والتسليم صار مغرونا محل حقهم (قوله معناه اذا أنكر الدين) وانما قيد به لانه اذا أقر المشتري بدینهم وصدقه في دعوى الدين

يقوم الدليل على خلافه (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري) اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة (ومحمد وجهما الله) وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا أقر بدینهم وصدقه في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بخلاف (وقال أبو يوسف وجه الله المشتري) خصمهم ويقضى لهم بدینهم لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده (ولهما أن لو جعل خصما الادعى عليه والى نوى تضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال نضر الاسلام رحمه الله على هذا الخلاف انما اشترى رجل دارا الها شفيع ثم وهبها لرجل وسلسها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن جماعة مثل قوله في هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصر او قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر أنه ماذون له فأنخبره دلائل عليه وان لم يخبره فتصرف دليل على اذنه (٢٣٨) وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصر او قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فلاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرف دليل عليه اذا ظاهر أن المحجور يجري على موجب جبره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كي لا يضيق الامر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولا) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو ماذون ببيع في الدين) لانه ظهر الدين في حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

التمن بدونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز أن تنتفي المحاباة في البيع ولا يبي الثمن بدونهم وجواز أن يبي الثمن بدونهم ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يبي بدونهم لا بحسب الحقيقة فهو ظاهر ولا بحسب التجوز أو الكناية لعدم العلاقة المصطنعة لذلك بينهما (قوله) ومن قدم مصر او قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فلاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرف دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرف دليل على أنه ماذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا القراء على نفسه والثاني أخبر أنه ماذون في التجارة وهذا القراء على المولى واقراءه عليه لا يصلح جعوا ما وجه الاستحسان في ذكره في الكتاب اهـ واقتنى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام ان ذلك (أقول) تحرر بهذا المل على هذا المنوال لا يتجاوز الاختلاف فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه ماذون في التجارة وهذا القراء على المولى غير متمسك في أحد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا قراء على المولى فيها وأما جعل الاخبار في قولهما والثاني أخبر أنه ماذون في التجارة أعم من الاخبار الحقيقية والحكمى وادعاء أن في ذلك الشق اخبار احكامية عن كونه ماذوناً وهو تصرفه تصرف الماذون فمحل هذا كلاً لا يخفى فالاول ههنا تحرر صاحب الكفاية فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذ كر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولا أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين بحجة يخص بها الاثرو يتركها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عت بلية سقطت قضيتها وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكون محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه ماذون لان أمور المسلمين محمولة على الاصلاح ما أمكن ولا يثبت لجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات فدفعاً للضرورة عن الناس والقياس أن يشترط عدالة الغير لان الحق خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلى الى هنا كلامه واقتنى أثره صاحب هراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزياي في شرح الكنتز (قوله الا أنه لا يباع حتى كان لغرماء أن يردوا البيع بالاختلاف كذا ذكره المحبوبي رحمه الله (قوله وان لم يخبر فتصرفه) أي فتصرفه دليل عليه (قوله لا يقبل قوله في الرقبة) أي في حق بيع الرقبة لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا يرى انه اذا أذن لغيره وأم الولد ولحقتهما الدين لا يباعان وهما ماذون لهما بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة لانه حق العبد (قوله على ما بينا) يريد به قوله في وسط كلب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في الملك

مملوك وهذا اقراء منه على نفسه والثاني أخبر أنه ماذون في التجارة وهذا القراء على المولى واقراءه عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبد في التجارة فلا ولم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتياج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولا لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحيتن جاز أن يكون ماذوناً ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كلب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في الملك

بعد فراغه عن حاجة العبد) فان حضر مولا فقال هو ماذون له ببيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البيعة لان دعواه الاذن كدعواه الاعناق والكتابة ولا يقبل قوله عند جود المولى الابينة

فصل

(فصل) لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا على في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون نوع وصير ورثه ما ذونا بالسكون وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لم يمانية بنفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلوم لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل (٢٣٩) لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حيث ذولانه

مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والبال المضافة لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه والبال سمة القدرة فصار كالطلاق

(فصل) واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصاحبه فيبقى ببقاء ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه يملك حجره فلا يكون والبال المضافة وصار كالطلاق والعنان بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على أصله فتحقق الضرورة الى تنفيذ منه أما بالبيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات

يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لما قيل أن يقول ان أراد قوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه ولا شغواء ديونهم الا أن يغدي المولى ديونهم وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حيث نذ على أن لا يقبل قوله في الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء في التجارة للتأنيصق الامر على الناس فليتأمل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا اذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما اما ذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اه

(فصل) لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليع غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في

(فصل) (قوله للمنافاة) لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه والبال آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان بخلاف الصوم والصلاة أي الصوم النفل والصلاة النفل حيث يصحان منه وكذا الوصية على أصله أي الوصية بأعمال البر من أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه من الولي (قوله صدر من أهله) الاهلية للتصرف بالنسبة عن تمييز وبيان لاعن تلقين وهذان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل ولهذا لا توجه خطابات الشرع قبل البلوغ وذلك لان العقل والتمييز أمر باطن فاقام الشرع البلوغ مقامه قلنا الاهلية بالعقل والتمييز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتداله واذن الولي دليل عليه أيضا ولا تراحم في الاسباب الا أن الصبي مظنة المرحمة وبالخطابات يتضرر وصحة العبارة تنفع محض اذا لا دعي به يشرف ويمر من غيره فلهذا اعتبر اذن الولي في المعاملات دون خطابات الشرع (قوله عن ولاية شرعية) وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاضر (قوله لعدم الهداية) أي في أمور التجارة

اهله فلا نه عاقل يميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه في محله فلا يكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذنه ألا ترى أن الطلاق والعناق لالم

(فصل واذا اذن ولي الصبي) (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) قول الظاهر أن يقال الذي يعقل أن البيع سالب للمالك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعني قلت بعضها) أقول الضمير في بعضها راجع الى الوصية (قوله منصرفه بنفسه) أقول ان لم يكن مضر من كل وجه فلا ينفذ بالطلاق والعناق

ملكه الولي لا تلك الأذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولا يشترعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصبا سبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصبا وتقر به أنا لان سلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة قصار كالعبدي كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولي زال ذلك لغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كولو أذن له المولى وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقر به أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مرس للنظر له فان النصيب من أسباب المرحلة بالحديث وفي اعتبار كلامه (٢٤٠) في التصرف بنفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي بمباشرة وليه وبمباشرة نفسه

والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لأذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمل تبدل الحال بخلاف الطلاق وانحنا لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا ووجه التصرف في نفسه وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي

سائرهما بضاعتا وانه قد لا كفاءة بذ كر البيع والشراء ليكون حاميا من أصول أسباب التجارات الا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهذا في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية بضام ظهور من يتقيا عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد انذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بان يعرف أن البيع سالب للمالك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لأذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي) هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصبا فيبقى ببقائه تقر به أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية الصبي في أمور التجارة لأذاته فصار هو كالعبدي كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فبها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه كولو أذن المولى للعبد كذا في الشرع (أقول) برز على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذلك أيضا من والد ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المذهب من الكتب عدم نفاد تصرفه بغير اذن الولي أصلا فبها هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فامل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقر به أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مرس للنظر له فان النصيب من أسباب المرحلة بالحديث وفي

فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولي لئلا يدرك ذلك وقوله (بخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق وحاصل ذلك أن تصرفات الصبي على ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ومتروك بينهما فالاول = قبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعناق لا يؤهل له أصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان وأيه يجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه أحد المحتملين ووجه التصرف في نفسه لصدوره من أهله في محله فان قبل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف وأجيب بان المعتبر في ذلك

(قوله وبقاء ولايته) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولايه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فأجاب بان بقاء ولايته لنظر الصبي ليتوسع طريق النسل والاصابة فيستوفي المصلحة بطريقين بمباشرة الولي وبمباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله من الهداية الى غيرهما متى جعلنا مولى علمه باعتبار تصور الاهلية لم نجعله وليا وبه فالجواب أن الصبي مستحق للنظر مصون عن الضرر والتصرفات أنواع ثلاثة ضار محض كالطلاق والعناق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وان أذن له الولي ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذن الولي ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والشكاح فيملكه بالأذن ولا يملكه بدون لان الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز وشبه الطفل الذي لا عقل له من

هو الوضع لالجزئيات الواقعة اتفاقا (وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه ولي وهو الاب ثم جد الاب ثم وصيه ثم القاضي أو قوله وتقر به أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي يمنع المفاة بين كونه وليا ومولى عليه مستندا بان كونه مولى عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا الحجر نيل تأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول لتعليل لقوله لا نظره (قوله ولا احتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

هو الوضع لالجزئيات الواقعة اتفاقا (وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد عند عدمه) وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه ولي وهو الاب ثم جد الاب ثم وصيه ثم القاضي أو قوله وتقر به أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثاني دليلي الشافعي يمنع المفاة بين كونه وليا ومولى عليه مستندا بان كونه مولى عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا الحجر نيل تأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول لتعليل لقوله لا نظره (قوله ولا احتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون البيع بالبائع المارحج وانتشيه بالعبد المأذون له يعيد أن ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان أو صبي فلا ينعقد تصرفه بنوع دون نوع وبصير ما ذونا بالكون كافي للعبد

اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة ولبه له وبمباشرة نفسه فكان مرحلة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولي لتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولاً فلان قوله في اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرفان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة بغير اذن الولي أيضا تصرفه الذي هو ضرر محض كالطلاق والعنق لا ينعقد باذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرف كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله المذكور في اعتبار كلامه في التصرف نظاره وأما ثانياً فلان مقتضى تقريره المبرور أن يكون قول المصنف واحتمال تبدل الحل معطوفاً على قوله لنظر الصبي كالأجنبي على الناظر في مقدماته تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ودخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجملة مقابله ثم اعلم أن قول المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جواباً عن قول الشافعي ولانه مولى عليه الخ وثانيه ما أن يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي ولياً للتصرف باذن وليه لكان ينبغي أن لا يبقى وليه ولياً في التصرف في ماله فصاحبنا هنا يتذكر كلا الوجهين. وصاحب العناية اختار الثاني كآثرى وكثير من الشراح اختار الاول فعليك بالاختيار ثم الاختيار (قوله) والنتشيه بالعبد المأذون له يعيد أن ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حقه أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين مافيه المشابهة كواقف في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جداً فليتأمل وقال صاحب النهاية قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام ثبت في حق الصبي المأذون مع التخصف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس محجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في التحجير المولى وعدمه التحجير الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضاً لاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما ذلك لادب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لادب دين الحرف في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه وبصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقاً اه كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال (أقول) الوجه

حيث انه لم توجه عليه الخطاب في علة دعوى ولا غير عليه ولاية فالحقناه بالبائع في النافع المحض وبالطفل في الضار وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لبحان جهة النفع على الضرر وبدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون نفعه دام وقفاً على اجازة الولي لانه في منفعته ليس صير مهتدياً الى وجوه التجار عارفاً بانواع المعاملات مترازعاً عن الحيوات حتى لو بلغ فاجازة نفذ عندنا خلافاً لآثر رجحانه لانه توقف على اجازة وليه وقد صار ولياً بنفسه (قوله) بخلاف صاحب الشرط وفي المغرب الشرط بالسكون والحركة خيار الجند أول تشبيه بحضور الحرب والجمع شرط وصاحب الشرط في باب الجمعة يراجه أمير البلدة

وصيه ثم الوالي (بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخاري فكان الوالي أكبر منه لانه ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكر وقوله (والنتشيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدينون

(قوله الخ كذلك) أقول يعني تقدم ذكره (قوله) لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقلاً من شروح الجامع

مدن يحيط به دون الولي واجب بان ذلك من انحصار المولى وعدم انحصار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي
لكونه حراً يتعلق بذمة لابعاله (٢٤٢) فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه اذا كان

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوز وثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحصار المولى عن التصرف في مال
العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط به لابعاله وعدم انحصار المولى عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان
عليه دين يحيط به لابعاله وذلك لا يفيد استقامة التعليل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في
حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام
المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس
هذا أيضا بسد بابا مآولا فلان دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على
العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلاً من ان ألفاظ العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله
من الاحكام فان الجمع المعرف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر
هذا أيضا في علم الاصول وأما ما نينا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم
ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما تضمنه مجرد بيان العلة في انحصار المولى عن التصرف في مال العبد
وعدم انحصار المولى عن التصرف في مال الصبي فشمّل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا
سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه) أورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة
والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج البرية بان
الولي انما يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة
واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الغير لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو
اقراره على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحذرون
عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدان فلم يجاز اقراره اهـ (أقول) هذا الجواب لا
يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان لية عدم صحة اقرار المولى على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه
وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الاراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وهنالك تحقق الولاية القائمة
فكيف تحقق الولاية المتعدية يتوكان صاحب العناية تنبئ لمافي الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بله
والجواب انه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اهـ (أقول) هذا
الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فبذلك أيضا تنقش التجارة وتوابعها
التي من جعلها اقراره على مال الصبي فممنوع ذلك ان اقرار المولى على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل
ابن مما يصح أصلا فاني يملكه الولي وان أراد أن لولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جعلها اقرار المولى

كاسير بخار او كان الولي أكبر من صاحب الشرط لان للوالي تقليد القضاة فلذلك ثبت ولاية اذن الصبي
للولي دون صاحب الشرط وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه ووليته أبوه ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب ثم
وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي فاما الام أو وصي الام فلا يصح من قسم الاذن له في التجارة لانه غير ولي في
التصرفات مطلقا بل هي كالأجنبي الا فيما يرجع الى حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصي الام
العروض التي ورثها الصغير من الام بطريق التخصيص والحفظ على الام المستعلى الصغير لانه تجارة حتى ولو
اشترى شيئا آخر لئلا يجوز وليس في الاذن تحصين وحفظ (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا
يجوز وثه في ظاهر الرواية) قيد بظاهر الرواية لانه روى الحسن عن أبي حنيفة زعمهما الله انه لا يصح اقراره
فيما ورثه عن أبيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمنع الناس عن المبايعته
خوفا من تولى أموالهم ولهذا لم يملكه وان لم يملك الولي الاقرار عليه وجه الظاهر انه بانضمام رأي الولي التحق

الدين مستغرقه (ويصح
اقراره بعد الاذن بعهده
كسبه) عينا كان أو ديناً
لوليه ولغيره لانه كالكسب
عن نفسه كان كالبالغين وأورد
بان الولاية المتعدية فرع
الولاية القائمة والولي لا يملك
الاقرار على مال الصبي
فكيف أفاده ذلك باذنه
والجواب انه أفاده من
حيث كونه من توابع
التجارة والولي يملك الاذن
بالتجارة وتوابعها (وكذا
يجوز وثه في ظاهر الرواية)
احترار عن رواية الحسن
عن أبي حنيفة رضي الله
عنهما انه لا يجوز اقراره
بذلك لان صحة اقراره في
كسبه لحاجته في التجارة الى
ذلك لئلا يمنع الناس عن
معاملته في التجارة وهي
معدومة في الموروث وجه
الظاهر ان الجرح انقل
عنه بالاذن التحق بالبالغين
ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد
الاذن تصرفه بالغيب
العاش كالبالغين فكان
الموروث المكتسب في صحة
الاقرار سواء لكونه حاملا لية
الصغير قبل ثلاثة اوراق
ما يخالفه (قوله يتعلق
بذمته) أقول يعني فقط (قوله
يتعلق بكسبه) أقول يعني
يتعلق بكسبه أيضا أي
كما يتعلق بذمته لان ذمته

ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والافلا تظهر
ملاحيته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لبقية أعضاؤه اما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) (٢٤٣) وان كان الولي والوصي علمًا بكنهه لان

الاذن يتناول ما كان من صنع التجار والسكاكين ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة الصبي بصير ما دوننا باذن الاب

والجد والوصي دون غيرهم) من الأقارب كالابن للمعتوه والاخ والم دون القاضي فان له ولاية على المعتوه على ما بيناه) يعني قوله وذكر الولي في الكتاب ينقسم الاب والجد والخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلًا ثم عنه فاذا بلغ في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياما وهو قول أبي يوسف ويصح استعسانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

(كتاب الغصب)
اراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحسن ان اقرار المأذون لما يصح بدونه التجارة دون غيرهما يصح بدنه المهر لكونه من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبًا والثاني أن الغصب ما دام قائمًا بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالًا كرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة الا أنه قد سلم الاذن في التجارة لانه مشروع وعن كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية (أقول) في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحرج واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم الترتيب والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بما مر دوا يمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية ما عن الاول فبان يقال ان

بالبالغ وكل واحد من المالكين ملكه فارغ عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما (قوله ولا يملك تزويج عبده) فيه اجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يجوز عنده (قوله ولا كتابته) وانما علم كنهها مع أن الاب والوصي علمًا بكنهه لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة (قوله دون غيرهم) أي من الأقارب كالاخ والم وفائدة هذا التقييد أنه يصير ما دوننا باذن القاضي كما مر في حق الصبي والله أعلم بالصواب

(كتاب الغصب)
(قوله اراد الغصب الى قوله ما لا تخ) أقول ويجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كفاذ تصرف المأذون الآن في الغصب

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي بصير ما دوننا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم

(كتاب الغصب)
الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فسلم ولكن لا يجدي هذا في دفع السؤال المذكور لان اللزوم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن غلب الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولا يمتنع بتمن الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفسه الاقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام * ثم أقول لعزل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف باهليته والصبا ليس بسبب الحجر لانه بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلًا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلًا عليه لانه يكتسب الولاية بتمن اذنه الآن الصبا لما كان من أسباب المرجحة بالحدوث لم يؤهل الصبي أصلاً لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضرب بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابيع التجارة دار بين النفع والضرب فلا يقبل اقراره بخبر الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية بتمن الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تنحسم به مادة الاشكال بالكتابة

(كتاب الغصب)
اراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحسن ان اقرار المأذون لما يصح بدونه التجارة دون غيرهما يصح بدنه المهر لكونه من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبًا والثاني أن الغصب ما دام قائمًا بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالًا كرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتجانسين متصلاً بالآخر من المناسبة الا أنه قد سلم الاذن في التجارة لانه مشروع وعن كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية (أقول) في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحرج واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم الترتيب والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بما مر دوا يمكن أن يجاب عن كل منهما بنوع عناية ما عن الاول فبان يقال ان

بالبالغ وكل واحد من المالكين ملكه فارغ عن حاجة الغير فيصح اقراره فيهما (قوله ولا يملك تزويج عبده) فيه اجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يجوز عنده (قوله ولا كتابته) وانما علم كنهها مع أن الاب والوصي علمًا بكنهه لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة (قوله دون غيرهم) أي من الأقارب كالاخ والم وفائدة هذا التقييد أنه يصير ما دوننا باذن القاضي كما مر في حق الصبي والله أعلم بالصواب

(كتاب الغصب)
(قوله في اللغة أخذ الشيء) يعني مالا أو غيره يقال غصب زوجة فلان أو ولده

بالاذن اللاحق وفي المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعد ما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكر النوع بهد كرجنس من اسباب الثاني أن المعصوب مادام قائما بمنه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مال كالمقربه فصار كالعبد الماذون فانه غير مال كرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتجاسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه (٢٤٤) شرع من كل وجه والغصب ليس بشرع والغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على

وفي الشريعة أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثاني فبان بدعي عدم لزوم الاطراف في وجه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضرر في تحققها في غير ما سبقت له أيضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الحكاين عندى أن المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قد كتب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بشرع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لان حيث الاقدام كفي الجنائيات والديات فان المقصود من بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يزداد على هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بان يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده للتأخير على تعريف الغصب في الشرع ما أخذ الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستاجر أو من يد الممرن أو من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققه الا أنه قد مر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو يقصر يده ان لم يكن في يده اه وهكذا قال في السكاني أيضا وانما قيد على سبيل المجاهرة كإقوع في البدائع فلا يدخل في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكرته تعريف الغصب شرعا يعني الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد نبهنا على لزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوفاية ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف لعل على سبيل الخفية لتخرج السرقة اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا أن في السرقة خصوصية ما كانت من جهة أسباب الحد فدخل مدانها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية ما صارت من سائلها ومن ذهب عليه هذه الدقة تصدى لانحراجه عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدروا أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كما أخذ مال غير محرر على سبيل الخفية الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب الحد داخل في التعريف المذكور ولا يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عاها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عاها لوزيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على سبيل الخفية كما تقر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جهة أسباب الحد داخل في (قوله محترم) احتراز عن غصب مال الحربى في دار الحرب

سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وغير فلان وفي الشريعة أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده فقوله أخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن النحر وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أى يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا وعند السابقين رحمه الله هو إثبات يد العدوان عليه ومغرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة ومغرة البستان فانهم يثبت بمغصوبة عندنا لعدم إزالة اليد عنده مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تناحر الماذون من النحر (قوله وفي الشريعة أخذ مال الى قوله في زوائد المغصوب الخ) أقول قال الامام الزمخشري لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هالك بغير تعد له

ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صناعته كما اذا غصب ابتوتبعها أخرى أو ولد لها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا لعدم اليد المبطالة اه لكن ذكر في تناويف فاضحان مسألة تخالف هذا الأصل فانه قال لو غصب عجزا فاستهلكه حتى ليس ائنه قال أبو بكر الجعفي يضمن قيمة العجز ونقصان الام ولم يفعل في الام حتى

حتى كان استخدام العبد وحل الدابة غصبا دون الجالس على البساط

التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حدا للغصب في الشرع واللازم أن تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بخالف حكمي السرقة والغصب في النسخ فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولا حيا بآثار أصاها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعاً وإنما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يدا الفضولي بغير إذن المالك وهو ليس ببيع صحيح وإنما ليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً وإنما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمسك ولا في التعليل والثالث أن قوله كأنه أخذ مال غير محرر على سبيل الخفية في قوله ولم يدركه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية ليس بصحيح لأن ما كان غير محرر كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فإن عدم الاحتراز ينافي الاختصاص وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز والاختصاص من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لأن الاستمرار لا يتحقق بدونه اهـ ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بديل قواهم بغير إذن المالك بلاذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلاذن مالكه لأن كون المأخوذ ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فإن الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلاً مخرج به في البدائع اهـ (أقول) وفيه أيضاً خلل لأن الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على مالك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم مالك الله تعالى فيزول مالك الواقف إلى الله تعالى على وجه تسميته ومنفعة العارية إلى العباد وهذا كله مما تقر في أول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله أن الموقوف ليس بمملوك أصلاً وإنما سلم تمام ذلك فكأن الموقوف مضموناً لا يقتضي كونه مغموصاً بغصبا شرعياً فإن وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدي والجنابة ألا يرى أن زوائد المغصوب كولد المغصوبه ونمرة البستان المغصوب ليست بغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق إزالة المالك عنها بناء على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزولها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب انما لم يكتلها لأنها عندنا كما صرحوا به فاطمة وسجى في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به فاطمة أيضاً وسجى في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطأ في يده ما لم يكن عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجمله فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما هو عليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقاتنا في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره (قوله) حتى كان استخدام العبد وحل الدابة غصبا دون الجالس على البساط (لأنه بالاستخدام والحل أثبت يد التصرف عليه ومن ضروره أن إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجالس على البساط لأن البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد إزالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كما قالوا قال ابن العز في كلام المصنف ههنا مأخوذة لفظة وهي في قوله وحل الدابة يعني والحل عليها وحقه أن يقول وتحصيل الدابة لأن حل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى بنفسه إلى واحد وإلى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح إضافة المتاع منه إلى المتاع لا إلى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة لأن الأن يضعف

واستخدام العبد وحل الدابة
غصب بالاتفاق والجالوس
على البساط ليس بغصب
عندنا لأن البسط فعل المالك
فلا يكون الغاصب مزيل
ليده مع بقاء أثر فعله

(قوله) حتى كان استخدام العبد وحل الدابة غصبا (ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لأنه بالاستخدام والحل أثبت يد التصرف عليه وذلك لوجوب زوال يد المالك عنه دون الجالس على البساط لأنه لم يوجد فيه العقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلاً يده وعلى قول الشافعي إزالة يد المالك من المغصوب ليس بشرط بل إثبات يد العبد وان عليه كافي لتحقيق لغصب ونمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب ومثل ولد المغصوبه ونمرة البستان فأنه ليست بمضمونة

ثم ان كان الغضب مع العلم بانه ملك المغصوب منه حكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب (٢١٦) شيئا لمثل الخ) المغصوب اما ان يكون قائما في يد الغاصب أولا والاو لا سيجيء والثاني اما ان يكون

له مثل أي يكون بما يضمن بمثله من جنسه أو لافان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى أعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً ومالية الحنطة المادة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان أدفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتداركه بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع الحق بمثله لم تعتبر قيمته يوم انعقاد الـ ب اذ هو الموجب

(قوله والثاني اما ان يكون له مثل أي يكون بما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لا فضاء

الى الدور (قوله لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا يردى مراعاة المماثلة

ثم ان كان مع العلم حكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف أنه لما انقطع الحق بمثله لم تعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول جلت الدابة المتاع في نداء أصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحمیل الدابة لان التحميل مصدر جلت المضعف للتعبية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره طاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف ههنا بما وجبه الغاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا بما خطبها حيث قال والاصل أن يقال بالمواطبة تعانها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالانصال اه وقصده الجواب عن قول الحق التفتوا في هذا وفي تعديته المواظبة بنفسها وانظر الصواب بالمواطبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم حكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده حكمه رد العين كما سيأتى في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه السكوى دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبيى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للمغصوب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء وذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشرح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً ومالية الحنطة المادة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية (أقول) الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية يدفع ورد سؤال على أن يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهوره وتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان أريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديتها في المالية فهو ممنوع اذا تفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء فهو ومسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال انجبه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار بالتفاوت في الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤدي دور ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبارا بالتفاوت في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة لتساوي في الوصف أيضا تأمل تعقف (قوله لابي يوسف انه لما انقطع الحق بمثله لم تعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم

عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر (قوله وان كان بدونه العلم) بان ظن أن المأثم وذهاله أو اشترى عيناً ثم ظهر استحقيقه لان الضمان انما يجب جبر الحقة بتقوية وحقه مرعى وان كان الاثم مذ معذورا لجهله وعدم قصده (قوله ولا اثم) لان الخطأ موضوع لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ

عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر (قوله وان كان بدونه العلم) بان ظن أن المأثم وذهاله أو اشترى عيناً ثم ظهر استحقيقه لان الضمان انما يجب جبر الحقة بتقوية وحقه مرعى وان كان الاثم مذ معذورا لجهله وعدم قصده (قوله ولا اثم) لان الخطأ موضوع لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ

ولحمد أن الواجب المثل في القيمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا في حنيئة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لمثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك

(ولحمد الخ) كلامه فيه واضح
فيل انما قدم قول أبي يوسف
لثبوت الاقوال بحسب
ترتيب الزمان على تلك
الاقوال فان أول الاوقات
يوم الغصب ثم يوم الانقطاع
ثم يوم الخصومة وابراد
الاقوال على هذه الأزمته لم
ينأت بالابتداء قول أبي
يوسف وان كان الثاني فعليه
اليوم اذ لم يوجد من المالك
طلب وأيضاً عند وجود
المثل لم ينتقل وعند عدمه
لا قيمة له انتهى ويمكن أن
يجاب عنه بما ذكره كرفي
النهاية حيث قال وحسد
الانقطاع ما ذكره أبو بكر
الثجبي هو أن لا يوجد في
السوق الذي يباع فيه وان
كان يوجد في البيوت وعلى
هذا انقطاع الدراهم انتهى
قال المصنف (لانه مطالب
بالقيمة باصل السبب كما وجد
فتعتبر قيمته عند ذلك)
أقول فيه بحث فانه مطالب
بالعين اذا كانت قائمة على

قول أبي يوسف في التعليل ولو وسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك لوجهين أحدهما أن يكون
المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت اللوجب لان المقصود بدخل في ضمان الغاصب من
وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب
الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
فابراد الاقوال على ترتيب هذه الأزمته لم ينأت بالابتداء قول أبي يوسف ثم يقول محمد بن بقول أبي حنيفة رحمه
الله اه كلامه موقد كمر الوجه الثاني فقط بطريق الاجال في معراج الدراية أيضاً وكذا ذكر ذلك الوجه
فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذلك الوجهين منظور فيه أما الوجه
الأول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لان المقصود المثل انما يدخل في ضمان الغاصب وقت
الغصب بضمن المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد بن أبي
يحيى أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي
تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوي عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليقع
المؤخر منزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به
عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب
الترتيب الزماني لا يتعارض به نظر فقهي أصلاً فتغير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما
لا يناسب بشأنه الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا بأضاعلي عادة المقررة من تأخير الاقوى
فالاقوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للمقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على
ما يشهد به التامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوفاية أقول قول أبي يوسف أعدل لانه لم يبق شيء من
نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المدوم هـ اذ منعت أو متعسر يوم الانقطاع
لاضبط له وأيضاً لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل
وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة يمكن أن يجاب عنه بما
ذكر في النهاية حيث قال وحسد الانقطاع ما ذكره أبو بكر الثجبي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه
وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح
والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بان يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمدوم ما هو
مدوم في السوق الذي يباع فيه لا المدوم في الخارج مطلقاً كما أنه لهذا قال وفي المدوم هذا متعسر أو
متعسر يعني أنه بعدما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضاً يتعذر التقويم وان وجد
فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر
التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق
الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثجبي في حسد الانقطاع كما لا يخفى (قوله
بخلاف ما لمثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه أشكال لان
هذا لا يتم على ما سيجي عن قرين من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة

والنسيان والمراد المأمور وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (قوله)
ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له ذلك) أي لو كانت ثابتة بمجرد الانقطاع لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى
بها الغاصب ولا يمكن له من الصبر الى محي أو ان المثل وحيث لم يجبر لئلا ذلك على أن يجاب المثل انما يثبت

قال: وما لأمثل له فعليه قيمته يوم غضبه) معنا العدديات المتفاوتة لأنه لما عذر مراعاة الحق في الجنس فبراعى في المالية وحدها دفعا لا ضرر بقدر الامكان

مخلص خلفا اذا لمعالب باصل السبب حيث نفي الامثل له أيضا انما هو رد العين لأنه الواجب الاصل على مطالقا وانما ينقل الى القيمة بطلان العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود أصل السبب وهو الغصب ألا ترى أن الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده ويقضاء القاضي عند أبي حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد من الجاهل الفرق بين مال له وبين مال له مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الواجب الاصل في الغصب مطلقا هو رد العين وانما ارد القيمة مخلص خلفا كما سيجي واما على ما قيل ان الواجب الاصل هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجي أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد وأما الذي في كل منهما اضر ببيان الواجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض بالمقام لا يتخلو عن الاشكال على كل حال (قوله وما لأمثل له فعليه قيمته يوم غضبه) معنا العدديات المتفاوتة) يعني قول القدوري في مختصره ما لأمثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذنا من انهاية وتحقيقه أن معناها شيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديديات المتفاوتة مثل الدواب والطياب اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا لما لا طائل تحته بل لا حاصل له لأنه ان أراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينا فيه تعليقه بقوله لان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لأمثل له في قوله وما لأمثل له فعليه قيمته يوم غضبه وان أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولو كان لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليقه فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لأمثل له في قوله وما لأمثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حيث نفي معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أي يضمن بقيمته فيسبب جواب المسئلة بالغير من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لأمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسيره له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية من سلبه لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى أيضا ومن غضب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لأمثل له في هذه المسئلة ما لأمثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في السكا في حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان لعدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لأنه خالف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كفاية قال في السكا في بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شرح من كسر عصا فهدى له وعليه قيمته وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) برده عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان بالقضاء (قوله معنا العدديات المتفاوتة) كالزمان والسفر رجل والبطلح والثلث والادواب والمتفاوتة

قيمته يوم غضبه قال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى قوله لا يمثل له العدديات المتفاوتة) وتحقيقه أن معناها الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا يمثل له على الحقيقة فهو الله تعالى وذلك كالعديديات المتفاوتة مثل الدواب والطياب اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا لما لا طائل تحته بل لا حاصل له لأنه ان أراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينا فيه تعليقه بقوله لان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لأمثل له في قوله وما لأمثل له فعليه قيمته يوم غضبه وان أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولو كان لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليقه فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لأمثل له في قوله وما لأمثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حيث نفي معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أي يضمن بقيمته فيسبب جواب المسئلة بالغير من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لأمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسيره له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية من سلبه لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى أيضا ومن غضب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لأمثل له في هذه المسئلة ما لأمثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في السكا في حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان لعدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لأنه خالف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كفاية قال في السكا في بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شرح من كسر عصا فهدى له وعليه قيمته وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) برده عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان بالقضاء (قوله معنا العدديات المتفاوتة) كالزمان والسفر رجل والبطلح والثلث والادواب والمتفاوتة

القول الاقوى (قوله لان الذي لا يمثل له على الحقيقة هو الله تعالى) أقول اذ الاجسام بمثابة الجواهر الفردة والمجردات غير ثابتة (قوله وذلك كالعديديات الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الشيء في قوله أن معناها الشيء الذي الخ

أما العددي المتقارب (فهو كالمكيل - يجب مثله لقلّة التغاوت) قيل وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمع والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر الخلوط بالشعير فانه لا مثل له فقيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) أي على صاحب اليد ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعباء ولا جاداً فإن أخذ فليرده عليه) وهو واضح ورواية الغائق والمصايح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن ادخال الغبط على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الأذى عليه أو فاسد للعب وهو يريد أنه يحذف ذلك ليغبطه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجرة فانه لاحكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديوناً فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حق مقصود (وقد فوجئنا عليه فيجب) عليه أعادتها (٢٤٩) بالرد اليه وهو الموجب) أي رد العين

هو الموجب (الأصل على ما قالوا ورد القيمة مختلصاً خلفاً لانه فاسد إذا لكان في رد العين والمالبة وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مختلصاً ويظهر ذلك في بعض الأحكام) فمنها ما إذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتاً لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فإن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئاً وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المقتصوب (قوله قيل وإنما اقتصر إلى قوله والطاشت) أقول الآن

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التغاوت وفي البر الخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المقصوبة) معناه مادام قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعباء ولا جاداً فإن أخذ فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوجئنا عليه فيجب أعادتها بالرد اليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مختلصاً خلفاً لانه فاسد إذا لكان في رد العين والمالبة وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مختلصاً ويظهر ذلك في بعض الأحكام

المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقدم الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله ما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمع والطشت اه (أقول) لقاتل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضاً حيث قال ومن غصب شيئاً مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فائس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر الخلوط بالشعير فانه لا مثل له فقيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلّة التغاوت هو المكيل من جنس واحد بقدر ينفع قوله بعده وفي البر الخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقدر ينفع شهره اعتبار الجنس مع المكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقر في باب الزمان

كالجوز والبيض (قوله لأعباء ولا جاداً) بتوسط حرف العطف كذا في المبسوط ومعناه ظاهر والرواية في المصايح لأعباء جاد بدون توسط حرف العطف بينهما أي لا يريد سرقة ولكن يريد ادخال الغبط على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الغبط على أخيه (قوله ويظهر ذلك في بعض الأحكام) ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولو لأن الموجب الأصلي القيمة لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ولو كفل بالمقتصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفالة بالعين ولا يصح ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابله وجوب قيمة المقتصوب حال قيام المقتصوب كذا ذكره في النهاية والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فيه شبهة لوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لانه فاسد الخ) أقول يعني لأن رد القيمة فاسد (قوله إذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المقتصوب) أقول كما إذا انتقص بالدين

(٣٢ - تسكيلة الفقه والكفاية) - ثامن) بينهما فرقا فان البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف القمع والطشت المعمولين من أصل واحد كالنحاس فان اختلافهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً لكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لانه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولو لأن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمقتصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفالة بالعين ولا يصح ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابله وجوب قيمة المقتصوب حال قيام المقتصوب كذا ذكره في النهاية والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد فيه شبهة لوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لانه فاسد الخ) أقول يعني لأن رد القيمة فاسد (قوله إذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المقتصوب) أقول كما إذا انتقص بالدين

قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لجاز الغاصب أن يمنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابرء انما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكاة بما ذكرنا في مسئلة الابرء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنهم لو كانت باقية لظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه بديلها) بما اتفق عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك بعرض الغاصب (٢٥٠) يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة

في السير أن الغاصب اذا عيب المغروب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم صار وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لاني العقار وهو كل ماله أصل كالأرض والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حواله الباذنجان والنقل يستعمل بدون اثبات في مكان آخر (لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازاله اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون ازاله لا يتحقق (فاذا غصب عقارا فهلك في يده بغير منعه لم يضمنه عند أبي حنيفة

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنهم لو كانت باقية لظهرها ثم قضى عليه بديلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعرض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه ردده فيلزم رد بديله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازاله اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي

البويوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاستنباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لاني العقار بل أشار اليه المصنف نفسه حيث قال في تعليقه ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المازر بورماد فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومثله بنحو التوكيل على ائمة والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازاله اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتفي بما سياتي في تعليقه جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما كتني ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا أيضا محالة (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر القاء بديل الواو

ولا يجب الزكاة على المديون (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى فيؤس قنوط وقيل التحويل يستعمل في النقل من مكان واثباته في مكان آخر كما في حواله الباذنجان والنقل بدون اثبات في مكان آخر (قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده) بان غلب السيل على الارض فبقيت

(قوله قيل والصحيح) أقول لقائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون

لوسف

عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول لردده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس باصل كالظهور مع الجملة فان الظاهر هو الاصل والجملة تخلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارة ولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مروده (قوله وعن مسئلة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بانه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسئلة الابرء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره (قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليقه لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لاني العقار قال المصنف (واذا غصب عقارا)

وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمه وهو قول أبي يوسف الأول والشافعي رحمه الله (٢٥١) الله لتحقيق إثبات اليد بالسكنى

يوسف وقال محمد يضمه وهو قول أبي يوسف الأول وبه قال الشافعي لتحقيق إثبات اليد ومن ضرورته زوال اليد
المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالقول بجود الودعة

في قوله وإذا غصب عقار المالك هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في
اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الغاء في عامتها وضمت في المحيط حيث قال فيه وشروطه عند أبي
حنيفة كون المأخوذ مئة ولا وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في
قوله لا خلاف أنه مقدم موجب للضم إن اهـ والمحب أن كلمة الغاء كانت مذكورة في مختصر القدوري قبلها
المصنف بالواو في البداية والهداية ثم أقول المراد بالغصب في قوله وإذا غصب عقار اهـ والغصب اللغوي دون
الغصب الشرعي فلا يخفى أن يقال قد تقرر فيما سار أن حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد
الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لأن
الضمان إنما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والتحقيق ههنا هو الثاني دون الأول فلا منافاة قال بعض
الفضلاء مطلقا لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكاة اهـ (أقول) فيه أن المصير إلى المجاز إنما هو عند تعذر
الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية يتم تسيرة فلا يصار إلى المجاز اللهم إلا أن يرد بالمجاز المجاز بالنظر إلى الوضع الشرعي
دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر إلى الوضع اللغوي ولكن حق الأداء ما قدمناه كالأختي وقال
صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف
فقال بعضهم ترقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله وإذا غصب
عقار أهلك في يده لم يضمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه أثبت الغصب ونفي الضمان وقال بعضهم لا يتحقق
أصلا واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظرا لأنه إن أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي
على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلا نسلم ذلك اذ لم يقل أحد أن الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف
ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فإن وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد
الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يختلف عنه عند أحد وإنما المراد بالغصب في عبارة من أثبت
الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وإن أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب
اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدًا قال أن
الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لأن الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل
التقلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه إزالة يد المالك أصلا فضلا عن إزالة يده بفعل في
العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستره فلا يصدر من له أدنى تغيير أنكار
تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الاجلاء

تحت الماء أو غصب دار أهدهم بأقفة مما وية أو جاء سبيل فذهب بالبناء لم يضم عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمه الله وقال محمد يضمه (قوله لتحقيق إثبات اليد) ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين على محل واحد في حالة واحدة هذا التعليل لقول محمد وعند الشافعي رحمه الله يتحقق الغصب بإثبات اليد
المبطله وتعليل قول محمد رحمه الله على هذا الوجه يدل على أن لاختلاف بين علمائنا الثلاثة في حد الغصب
بإزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطله لا كما ظنه البعض إن حده عند محمد إثبات يد العدوان كما قاله الشافعي
رحمه الله اذ لو كان كذلك لاتفق جوابهم في زوائد المغصوب (قوله وجود الودعة) أي في العقار يعني
إذا كان العقار وديعة في يده فحده كان ضامنا بالاتفاق فكذلك بالغصب على ما يحجب

قول الشافعي فإن عنده يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك كذا في شرح السكاكي وقال لا كل وكأن التكاف بإثبات اليد

الباطلة كما تقدم

ورضع الامتعة وغير ذلك
(ومن ضرورته زوال يد
المالك لاستحالة اجتماع
اليدين) من جنس واحد
(على محل واحد في حالة
واحدة) وإنما قيل من
جنس واحد احترازًا عما
إذا أجرده من رجل فانها
في يد المستأجر حقيقة وفي يد
الاستأجر حكمًا لكنهما يدا
مختلفتان (فيتحقق الوصفان)
يعني إزالة يد المالك وإثبات
يد الغاصب (وهو الغصب)
أي تحقيق الوصفين هو
الغصب (على ما بيناه فصار
كالقول في تحقيق الوصفين
(وجود الودعة) في العقار
فانه إذا كان وديعة في يد
شخص فحده كان ضامنا
بالاتفاق فالقول بالضمان
في هذه الصورة وقد ثبت
أن جود الودعة تغصب مع
عدم القول به في غير صورة
الجود تناقض ظاهر وكان
التكاف بإثبات إزالة اليد
من جانب الشافعي للالزام
لأنه يكتفي في الغصب
بإثبات اليد الباطلة كما

تقدم

أقول اطلاق لفظ الغصب
هنا مجاز على سبيل المشاكاة
قال المصنف (لتحقق)
إثبات اليد ومن ضرورته
زوال يد المالك (أقول هو
لتعليل قول محمد لتعليل

قول الشافعي

(ولا أي حنيئة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه) أي بإخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الشيعة والدار (وهو) أي الإخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى إزالة اليد والسكن يتنفي بانتفاء حيزه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصباً لها) وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود ممنوعة) ذكر في المختلقات أن الوديعه لو كانت عقار لا يضمن وان محدود ذكر في المبسوط والاصح أن يقال جود الوديعه بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمنان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (ولو سلم فالضمنان هناك بترك الحفظ المترم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً ما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر وأما (٢٥٢) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا نه اتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل

ترابه لأنه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدوري (إذا أهدمت الدار بسكناء وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصرة فهو جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضموناً عليه وانما قيد بذلك لأنه إذا أهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها بسكناء وعمله بل بآفة مما يورث فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (ولو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمنان في الغصب عنده ما خلا ما لمحمد رحمه الله وقيد بقوله

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود ممنوعة ولو سلم فالضمنان هناك بترك الحفظ المترم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً) لأنه اتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويدخل فيما قاله إذا أهدمت الدار بسكناء وعمله ولو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

(قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يبي حنيئة وأبي (قوله فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي) فان ذلك لا يكون غصباً حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط (قوله وهو الغصب) أي النقل هو الغصب لأن ذلك يتحقق إزالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب (قوله ومسئلة الجود ممنوعة) لأنه ذكر في المختلقات أما الوديعه لو كان عقاراً لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح أن يقول جود الوديعه بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمنان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمنان هناك بترك الحفظ المترم أو لقصر يد صاحبه بالجود لأن صاحبه لا يتوصل إلى الوديعه بعد جوده حتى إذا كانت الوديعه بساطاً لم ينقله وجلس عليه جاحداً للوديعه لم يضمن لأنه متى كان طاهر الم تصر يد صاحبه مقصورة بالجود بنفسه (قوله وما نقصه منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً) وذلك بأن هدم شيئاً أو سكناه لأنه متلف لما أهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لأن الاتلاف يتحقق فيه كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين ويجازي لأن يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحرق (قوله ويدخل فيما قاله) أي فيما قاله القدوري في مختصره وهو قوله وما نقصه منه بفعله وسكناه (قوله) إذا أهدمت الدار بسكناء وعمله بأن كان عمله الحدادة أو القصرة فهو جدار الدار بذلك وانهدم كان مضموناً عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناء وعمله في الضمان لأنه إذا أهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها بسبب سكناء وعمله لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تخولان الغصب الموجب للضمنان لا يتحقق في العقار عندهما والحكم يمتنع على السبب كذا في غصب المبسوط (قوله ولا بينة لصاحب الدار) انما قد يده لأنه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لأنه قادر على أن يقيم البينة على أنها ملكه ويأخذ الدار عن المشتري (قوله فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح) وذكر خمس الآثمة السرخسي في المبسوط فان

ولا بينة له لأن اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فإذا لم يكن للمالك بينة تتحقق الغصب وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون احترازاً عن قول بعضهم بأن مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل إذا شهد ابدان لا انسان وقضى له هاتم رجعا ضامناً قيمتها للمشهود

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول ليست شعري بأى دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم زالة اليد تتحقق في إخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فإذا لم يكن فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للمعهم أن يقول انما يضمن فيه لا انتفاء اثبات اليد فتمام (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها لازمة أو لا ما صاحبه (قوله فإذا لم يكن للمالك بينة تتحقق الغصب) أقول فيه بحث

قال (واذا انتقص بالزراعة النقصان) لانه ألتف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل)

يوسف أن الغصب اثبات اليد بالمال أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه أي بإخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الإخراج فعل في المال لا في العقار فانتفى إزالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزءه اهـ (أقول) في تقريره صور أما أولاً فلا نه جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك لاسيية وليس بواضح ادع على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجودياً وأصله صادر من الغاصب والثاني أمر اعم من الغاصب على الاول وأيضاً لو كان الباء المزبورة لاسيية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد السبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه أن يكون الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانياً فلا تنافي من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقيد أن لا يتحقق ازالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك إذ قد مر في تعليل قول محمد أن من ضرورة اثبات اليد واليد المالك لا يستحال اجتماع الدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وأيست بقايله للنفي والمنع لتقريرها وبدايتها فلا حرج كانت مسألة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما أبو جهم يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلاً في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعل في العين أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد إنما هو زوال يد المالك مطلقاً

كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس له بالدار بينة فآقراره في حق المشتري باطل لأن المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في إبطاله ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحهما الله إلا أن قوله لا مقر على نفسه بالغصب فإن البيع والتسليم غصب والعصب الموجب للضمنان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد رجح الله في كتاب الرجوع عن الشهادات أنهم إذا شهدوا بدار لا نسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا بقيمتها المشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رجح الله لأن تسليمهم الغير على الدار بالشهادة كالتسليم الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم وا فرق بين الفصلين لهما أن الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان اتلاف المالك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار ضمن بالاتلاف وههنا اتلاف المالك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فهذا لا يكون الغاصب ضمناً (قوله وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان) اختلفوا في تأويل نقصان الأرض قال نصير بن يحيى رحمه الله في نقصان الأرض أنه ينظر كم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعدها استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وقال محمد بن سلمة رحمه الله ينظر كم تشتري قبل استعمالها وبكم تشتري بعدها استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض قيل رجح محمد بن سلمة رحمه الله إلى قول نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التمتعة وفيه أيضاً من زرع أرض الغير بغير إذنه وبغير عقد مزارعة هل اصحاب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض قال شيخ الاسلام أبو الحسن رحمه الله نعم إن كان عرف أهل تلك القرية أنهم يزرعون أرض الغير على وجه المزارعة من غير عقد واذا في فتاوى الفقيه أبي الليث أن لزوع المزارع في هذه الصورة وعليه نقصان الأرض إن كانت الأرض قد انتقصت بسبب الزراعة (قوله ياخذ رأس ماله) وهو البذر وما أتفق وقد مر ما غرم من النقصان وصورته إذا غصب أرضاً وزرع فيها كرا

عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بان مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار ضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضمناً (وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) ويعرف النقصان بان ينظر كم تستأجر هذه الأرض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعدها استعمالها فتفاوت

(قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على الملك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

ما بينهما نقصانها وهذا قول

نصير بن يحيى وكلامه واضح

قال (واذا هلك النقي في يد

الغاصب بفعله أو بغير فعله

ضمنه) وذ كر اختلاف

النسخ وبين المراد واستدل

بقوله (لان العين دخل في

ضمنه بالغصب السابق اذ

هو السبب وعند العجز عن

رده تجب القيمة يعني على

رأى من يرى أن الموجب

الاصلي في الغصب رد العين

ورد القيمة تخلص للعقار أو

تقرر (أي القيمة) بذلك

السبب) يعني على رأي

من يرى رأي أن الاصل

هو القيمة ورد العين

خلف عنه فان هلك العين

تقرر القيمة عليه كما

كانت واجبة عند الغصب

(ولهذا) أي ولكون

الغصب السابق هو السبب

(تعتبر قيمته يوم الغصب)

ولا فصل في ذلك بين ما يكون

الهلاك بفعله أو بفعل

غيره (وان نقص) المصنوع

(في يد الغاصب) ولم تجز

نقصانه بوجه آخر (ضمن

النقصان) سواء كان

النقصان في بدنه مثل أن

كان جارية فاعورت أو ناهده

الثديين فانكسر ثديها

أو في غير بدنه مثل أن كان

عبداً احترق فانسى الحرفة

(لانه دخل في ضمنه

بجميع أجزائها بالغصب)

وقد فات منه جزء (ف) تعذر

رد عينه (ماتعذر رد عينه

بب

وسند كرا الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه) وفي أكثر نسخ المختصر وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمنه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان قص في يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه في ضمنه بالغصب فماتعذر رد عينه يجب

لازوال الوجه خاص وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من إزالة اليد العادية مع إزالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول بالاخراج المالك عنها أي عن العين المصنوع بتوهم أي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه إزالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كفي يد الأخذ وهذا التقرر يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كلاهما في على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ايت شعري بأي دليل ثبت كون إزالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم إزالة اليد تتحقق في اخراج المالك أظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فراعلى أصلهما أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تقويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المصنوع ليكون اعتداه بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للمصنف أن يقول انما يضمن فيه لا تنفاه اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس في المصنوع من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفت آتعا فكيف يتصور أن يقول المصنف انما يضمن فيه لا تنفاه اثبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المسمى كورهناني أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله وإذا غصب عقار فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا بحاله وان أراد أن الغصب مطلقاً فيما ينقل فهو ممنوع جداً ويمكن أن يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز أن يكون المراد بالغصب المسمى كورهناني أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المقتولات الشرعية معى مجازي بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرفت في علم الاصول بل في علم البيان أيضاً فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمقتولات الشرعية في مخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتقاة فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقار فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقار معناه اللغوي دون الشرعي تدبر

فاخرجت أربعة أكرار ونقصتها الزرعة ما يبلغ قيمة كرو حقة من المون ما يبلغ كرا فاحذ منه ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرو لحقة مونة كرو ضمن قدر قيمة كرو فحصل الخارج عن رأس ماله بكر فتصدق به لانه زرع ماله عاك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق به لان المنهوس يرجع ماله يضمن وهو قد ضمن (قوله وسند كرا الوجه من الجانبين) أي في هذا الفصل في مسئلة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة (قوله وعند العجز عن رده تجب القيمة) هذا على قول من يقول بان الواجب الاصل في الغصب رد العين (قوله) أو يتقرر بذلك السبب) على قول من يقول بان الواجب الاصل في الغصب هو القيمة رد العين تخلص (قوله) وان نقص في يده ضمن النقصان) أي اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان وسواء كان ذلك النقصان في بدنه بان نتجارية فاعورت أو كانت شابة فصارت عنده مجوراً أو ناهدة انثيين فانكسر ثديها أو لم يكن

رد قيمته) وأما إذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغصوبة عند الغاصب فمردوها في قيمته الولاد وفاء بنته ضمان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافاً لفرجه الله فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو ما أن يكون في الرضكان الغصب أولاً فإن كان فيه غلاصمه إن عليه أن تراجع السعر بتقوت الرغبات لا بفوات جزه وإن لم يكن فيه بخير المالكين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيستردده لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة (٢٥٥) وله أن ينتظر فقوله (بمخلاف

تراجع السعر) منعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يستعاض شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن لحس النقصان كإلواشترى جارية بمائة مثلاً فأعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كلن المشتري بخير ما بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد الوصف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والوصاف تضمن بالغفل) وهو القبض هذا لأن العقد يرد على الاعيان لاعلى الوصف والغصب فعمل محل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله (ومراد) أي مراد القدر الذي رجائه بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي أما

رد قيمته بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن تقوت الرغبات دون تقوت الجزه وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والوصاف تضمن بالغفل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويان لا يمكنه تضمن النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجز المستعير المستعار

(قوله وله إذا اعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن اظهر أن مسئلتنا هذه تعم المثل وغير المثل من المنقولات لعدم الحكم المذكور في جوابها كلامهم جامع أن قوله ولهذا اعتبر قيمته يوم الغصب لا ينشئ في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذ قد تقرر في ما مر أن المعترف في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقرير لكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول في هذا التعليل قصور إذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه نعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة الدين فأنكسر ثديها وما كان في غير بدنه مثل أن كان عبداً استرقا فأنسى الحرق فلا يخفى أن التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب حيث الوصف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفق في الصورتين معا وأوفق لقوله لا يخلو ما أن يكون في الرضكان الغصب أولاً فإن كان فيه غلاصمه إن عليه أن تراجع السعر بتقوت الرغبات لا بفوات جزه وإن لم يكن فيه بخير المالكين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيستردده لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة (٢٥٥) وله أن ينتظر فقوله (بمخلاف تراجع السعر) منعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يستعاض شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن لحس النقصان كإلواشترى جارية بمائة مثلاً فأعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كلن المشتري بخير ما بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد الوصف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والوصاف تضمن بالغفل) وهو القبض هذا لأن العقد يرد على الاعيان لاعلى الوصف والغصب فعمل محل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رحمه الله (ومراد) أي مراد القدر الذي رجائه بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي أما

في بدنه كإلوا غصب عبداً استرقا فأنسى ذلك عند الغاصب أو كان قارناً فنسى القرآن (قوله بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب) وإنما قيد به لأن تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب فلما كان الخيار بين أخذ القيمة وبين الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيستردده وفي الإيضاح ولو غصب منه عينا ثم ألقه في بلد آخر والعين في يده والقيمة في هذا المثل القيمة في مكان الغصب أو أكثر فالمغصوب منه أن يأخذها ولا يطالب بالقيمة لأنه وصل إليه عين حقه من غير ضرر وإن كان السعر في هذا المكان أقل من السعر في مكان الغصب فلم يغصب منه الخيار إن شاء أخذ القيمة في هذا المكان وإن شاء انتظر لأنه إذا أخذ العين فقد وصل إليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب وهو النقل إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر بخلاف ما إذا وجد في البلد الذي غصبه فيه وقد انتقص السعر حيث لا يكون له خيار لأن النقصان ما حصل بفعل مضاف إلى الغاصب وإنما هو لمعنى تراجع إلى تقوت رغبات الناس فلم يضمن (قوله وبمخلاف المبيع) فإن المبيعة إذا أعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن بخير المشتري بين أن يأخذها بكل الثمن أو يتركها لأنه ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لاعلى الوصف أما ضمان الغصب فمعلق بالغفل والفعل حل الذات بجميع الأجزاء والوصاف فكانت مضمونة (قوله ومن غصب عبداً فاستغله) أي أجره وأخذ غلته فنقصته الغلة أي العمل في الإجارة (قوله فعليه النقصان

في الربويات) كما إذا غصب حنطة فغفلت عنده أو أناه فضة فأنشئ في يده فلا يمكنه تضمن النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه ضمنه مثله قال (ومن غصب عبداً فاستغله) أي ومن غصب (قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله راجع إلى الغاصب والضمير في راجع إلى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع إلى الغاصب قال المصنف (قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً)

عبدًا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولاً في العمل فعليه النقصان لما بيننا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فإنا نعوذ عنه عيبه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر (٢٥٦) فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ونحوه رحمهما الله

وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بهما على هذا إذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر لأن الغصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلا يملك من وقت الغصب مستنداً إذا ضمن ولهما القول بالوجوب أي سألنا أنه حصل في ملكه ضمانه لكنه بسبب خيبته وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا الفرع يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستنداً فإني يكون الخيب أجاز بقوله (والمالك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتاً

أقول الظاهر تقديم أيضاً على قوله عندهما (قوله لكنه بسبب خيبته) أقول أي لكنه حصل أو لکن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجيء الحديث بتفصيله في المرسلات قال المصنف (والمالك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل مانقصة الغلة إذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا

لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا المالك لأن المضمونان تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا ولهما أنه حصل بسبب خيبته وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا الفرع يحصل على وصف الأصل والمالك المستند ناقص

النقصان غير الروى وأما في الروى في الأموال الروية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الرابهاذا في كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الروى في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفت في يده إذا اعتبر للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الروية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الرابهاذا وأما فيما إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيلياً أو وزناً فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كيلاً أو وزناً فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بل أتدلى إلى الرابها أصلاً كما لا يخفى فإمعني تخصيص مراد القدوري بغير الروى والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الروى مطلقاً قاتل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراعاة أي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الروى وأما في الروى كما إذا غصب حنطة فعتفت عنده أو أناة فضة فأنشتم في يده فلا يمكن تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الرابهاذا لصاحبه بالخيار أن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه كموه منه مثله إلى هنا كلامه (أقول) تقرر صاحب العناية هنا وان كان مطابقاً لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية فتقاعن الإيضاح إلا أنه منطوريه عدى أما أولاً فلا بد من شرح في شروح الهداية في امر حتى العناية بنفسها وفي سائر المعتمرات أيضاً بان الوزني الذي في تبعيضه مضرة كالمصوغ من العقم والطست ليس بمثل بل هو من ذوات القيم ولا شك أن أناة فضة من ذلك القليل فكيف يتم تمثيل الروى بها هنا بأناة فضة فأنشتم في يده وأما ثانياً فلا بد كيف يصح قوله وان شاء تركه كموه منه مثله وتضمن المثل إنما يتصور في المثلات دون ذوات القيم التي منها أناة فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آتياً فاعمل الحق في حكم غصب أناة فضة إذا نقص في يده ما ناقه صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار أن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان الأناة فضة فهو بالخيار أن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الأناة من ذهب فهو بالخيار أن شاء أخذ بعينه وان شاء أخذ قيمته من الغضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن الميسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناة فضة حيث قال وفي الميسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداء والصنعة في الأموال الروية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبتنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الرابهاذا وأولاً أوجبتنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق الغصوب من منسحق الجودة والصنعة فلم اعاندهموا التعرض عن الرابهاذا يضمن القيمة من الذهب مصوغاً اهـ (قوله لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا المالك لأن المضمونان تملك بأداء الضمان مستنداً عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه ومملكه إنما هو البعض الفائت من الغصوب بدون مجموع الغصوب لأن الكلام فيما إذا نقصت الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل واطاهر أن الغلة أي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد الغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفها الفائت لما بيننا) أراد به قوله لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب (قوله وما هذا حاله فسيبيله التصديق) كما إذا

ضمن قيمة العبد كله في أكثر النسخ والمالك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال لا يجعل الملام عهدة فلا (قوله أجاز بقوله والمالك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتاً فيمن وجبه دون وجه ولهدا يظهر في حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو مانقصة الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات

فيممن وجهه وجهه ولهذا يظهر في حق القائم دون الغائب (فلا ينعدم به الخبث فلو ذلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه أنه يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له تناول في نزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث ما كان

فلا ينعدم به الخبث (فلو ذلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه أنه يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن خبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له تناول في نزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه أنه أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله أن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها أجارية فباعها بالدين ثم اشترى بالدين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة ورجح لا يطيب له الرجح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مررت لللائل وجوابه - ما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند المالك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين

فقط فواجبه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله أن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فإذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثله أن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وإن كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثله عند أصابته مالا أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجته غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثله من بعد أصلا ففيم إذا صرفها إلى حاجة نفسه مال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الآن يقال وجهه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه أن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك

اشترى جارية ببيعها فأسدوا وتعابضوا وباعها ورجع فيها تصدق بالرجح لتمكن الخبث في الرجح على ما مر في فصل أحكام البيع الغاصد (قوله لأن الخبث لأجل المالك) هذا جواب سؤال ذكر في المبسوط حيث قال فان قبل القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصديق لخبثها ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله فلما تم ولكن التصديق به لم يكن حتما عليه ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بمصانع يصير - سلم إلى المالك ثم يصير المالك مبرئا من ذلك القدر من القيمة لا يقبضه في نزول الخبث به - هذا الطريق فلا يلزمه التصديق (قوله بخلاف ما إذا باعه فله في يد المشتري ثم استحق) أي الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته ورجع المشتري على الغاصب بالثمن ليعطيه البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب في أداء الثمن بالغلة لأن الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا نزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فان الخبث لحق المالك في نزول الوصول العلة إلى يده (قوله وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (قوله وقد مررت لللائل) أي في المسئلة التي قبل هذا وهي مسألة من غصب عبدا فاستغله فنقصه الغلة (قوله ثم هذا ظاهر) أي عدم طيب الرجح (قوله فيما يتعين بالإشارة) كالعرض (قوله

المشتري لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر والمال (لأنه محتاج إليه ولا يحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيمضت (فلو أصاب ما لا تصدق بمثله أن كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك أن استهلك الغلة مكان الثمن أن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فاعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المغصوب أو المودع في الوديعة ورجح فيه لا يطيب له الرجح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف وجهه الله وقد مر في الللائل وجوابه - ما في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند المالك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الرجح خبيثا وانما كرر الشراء في موضع المسئلة تنبيه على تحقق الخبث وإن

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقدمها) قال نفي الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقدمها أما اذا أشار اليها ونقدم من غيرها ونقدمها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقدمها بطيبه وهذه أربعة أوجه فني (٢٥٨) واحدها انما يطيب وفي الباقي يطيب وذ كرى في المبسوط وجهها آخر لا يطيب فيه أيضا

كالتمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقدمها الثمن أما اذا أشار اليها ونقدم من غيرها ونقدمها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقدمها بطيبه وهكذا قال الكرخي لان الإشارة اذا كانت لا تغيد التعيين لا بد أن يشا كذا النقد ليتحقق الحبث وقال مشايخنا لا يطيبه قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاماً فكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعاً لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لا تغيد التعيين كان وجودها وعدمها

الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف وقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولا يمكن فيه أيضاً شئ وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأساً اذا كان لا يجرد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجرد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجرد غير ذلك كان فقيراً البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حيث ذهب بقوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنياً وقت الاستعمال وان كان فقيراً فلا شئ عليه اذ معناه في بعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب ما لا يلزم إلا أن يقال يجوز أن يكون غنياً ولا يجرد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقدمها) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح لان حاصلها يؤيد إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه إلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقدمها بنفس مافي الكتاب وقوله ونقدمها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشئ إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فان ظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار اليها ونقدمها اذ حيث لا يلزم المحذور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقدم من غيرها ونقدمها وأشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكته ثم ان ما خذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره نفي الاسلام في شرح الجامع الصغير ولغظه اذا أشار اليها ونقدمها بديل قول المصنف اذا اشترى بها ونقدمها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين بالإشارة إليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقدمها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقدمها واما ان يشير

سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الحبث قالوا الفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للمخرج عن الناس وقال نفي الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمه الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك لانه اذا تقدم منها ولم يشتر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضاً فلا تثبت شبهة الحبث وان أشار اليها ونقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان العقد تعلق بها فتمكن شبهة الحبث أيضاً وسبيل ماله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الحبث ووجوب التصديق (وان اشترى بألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو

كالتمنين) أي كالدرهم والدنانير (قوله وقال مشايخنا لا يطيب قبل أن يضمن) وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا إطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وحاصله أنه متى ما تقدم بالحرام لمساكن طريق الحقيقة أو الشبهة تثبت الحبث ولا يثبت في الدراهم الا الشبهة لانه اذا أشار لم يتعين إلا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا انقضى استغاده سلامة المشتري فاذا أشار ولم ينقد استغاده بالاستشارة جواز العقد لمعرفة النقدانه ديناراً أو جيداً وردى والمقدار واذا انقد ولم يشتر استغاده سلامة فاما ان يصير عنها عوضاً فلا تثبت الا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الحبث (قوله لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) لان الربح فضل والفضل انما يكون بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل ولان الحبث يعمل في التصديق لا في التضمين اذا الانسان لا يضمن بالتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصديق هنا الا بواسطة التضمين ولا سبيل إلى التضمين فسقط أصلاً

(فصل)

(في قوله جميعاً لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس)

ما وجب عليه بتلك الغلة كن أدى ديناً يبعاله الا تخلفنا أمل فان جوابه غير مخفي قال المصنف (لا إطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم العيب قبل الضمان وبعده لاقوله بكل حال ولا المجموع كما لا يخفى

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا اذا دقق عين الحنطة من وجهه لان عمل الطحن في طريق الاجزاء
لا في احداث مالم يكن موجودا ونفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا الاعتبار المجانسة
(وعند الشافعي بضمه) لان على (٢٦٠) أصله تضمن النقصان مع أخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف

غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي بضمه وعن أبي يوسف
أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته لاشافعي أن العين باقية فيبقى على
ملكه وتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقته في طاحونة فطحنت ولا تعتبر بفعله لانه محظور فلا
يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل أصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المفصولة و سلخها أو رماها
ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجهه

(وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه قدره لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته (قوله وللشافعي) عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا وتقريره أن بقاء العين المقصوب بوجوب بقاءه على ملك المالك لان الواجب الاصل في الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فيبقى على ملكه (وتبعه الصنعة) الحادثة لانها تابعة للأصل (كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقته في طاحونة فطحنت) فان الدقيق يكون ملك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه يتناول في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستهذه اجاب بقوله (ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا للتمتع وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل أصلا) وحيث صارت صورة النزاع كالتمتع به لاحتماله (وصار كما اذا ذبح الشاة المفصولة وأرماها) أي جعلها عرضا لغيرها فان فصل الغاصب فيه موجود

فعله مثل أن صار العنبر بينا بنفسه أو دخلا أو الرطب غرافا المالك فيه بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه
وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرى ملك مالكها لانه لم يزل
اسمها يدل شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعتها تناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة
بعين الحنطة يجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيره انزول بالطحن والظاهر أنه ما كيد لان قوله زال
اسمها يتناولها فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظران كون قيد
وعظم منافعتها في هذه المسئلة مذكور المجرى التام كيد مع وقوعه في عبارات عامة الاعتبار من المأولات
والمختصر ان على الاطراد بعد جدالاته الطباع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز
عما اذا غصب شاة فذبحها أو رماها فانه لا يزول بالذبح والتأري بملك مالكها كما سيأتي في الكتاب مع أنه
زال اسمها بعد التأري بملكه لم يزل وعظم منافعتها هو اللحية كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى
العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عند تدبر (قوله غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره بمنوع كيف وقد قال عامة الشراح
في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد ببيعها دقيقا وكذا قيمة
الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة ببيعها دقيقا فاني تصور هناك نقصان القيمة بل اظها ان المراد
نقصان الوصف كما اذا غشت وقد أفرغ عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجهه فكان
له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة في جريان الربا بينهما ما لا يجري الربا الا
باعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقتها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الحنطة ولو أخذ
عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب الغفوة لادائه الى الربا على ما مر
فكذلك هنا اه المهم الآن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة بنقصانها بسبب قو الوصف

كالقطع في الثوب والذبح والسليخ في الشاة والدليل على بقاء عين الحنطة فيه جريان الربا بينهما ما لا يجري
الربا الا باعتبار المجانسة فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقتها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الحنطة ولو أخذ
عين الحنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب الغفوة لادائه الى الربا فكذلك
هنا (قوله ولا معتبر بفعله) جواب اشكال مقدر وهو أن يقال فيما ذكرتم من الاستشهاد لم يوجد فيه
الفعل وفي التنازع وجد الفعل (قوله ولنا أنه أحدث) احتراز به عن الحدوث (قوله صنعة متقومة) في
الربوية متقودة (قوله صيرت حق المالك هالكا من وجهه) احتراز عما اذا صبغ الثوب بالمصوب أصفر أو
أحمر فانه لا ينقطع حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة ولو لم يكن له من الكامن وجهه ألا ترى انه لم يتبدل
اسم الثوب ولم يفت أعظم المقاصد

الا وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولنا أنه أحدث صنعة متقومة) لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها
وكذلك قيمة الحنطة تزداد ببيعها دقيقا (واحدتها صير) جنس (حق المالك هالكا من وجهه)

قال المصنف غير أنه اذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده (أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة) قوله لكنه يباع في دينه (أقول قوله
لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال في بيعه في دينه) قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا (أقول فيلزم أن يكون تعليلا لعدم

الأثرى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه) أي حق الغاصب (في الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجح على المالك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم إذا تعارض ضربا ترجح كان الربحان في الذات أحق منه في الحال لأن الحال قائمة بالذات تابعة فينقطع حق المالك بالشيء والطبخان الصنعة قائمة بذاتهم من كل وجه والعين هالكة من وجه (قوله ولا تجعله سبيلا للمالك من حيث هو غلور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه محطور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل وهو محطور وجهه أحداث صنعة تقوم وهو سبب من حيث هذا الجهة لا الجهة الأولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله (٢٦١) وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم والأمم وأسم الشاة بعد الذبح والبيع والبيع باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروبة فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أوجب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد بقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب العمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم البيع والتأريب بعد ذلك لا يغتور ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلاف وليست الواو في نستحنا موجودة وهو الاصول (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال أكمل الدين أي حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فأنامل ما وجه

وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم والأمم وأسم الشاة بعد الذبح والبيع والبيع باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروبة فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أوجب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد بقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب العمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم البيع والتأريب بعد ذلك لا يغتور ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلاف وليست الواو في نستحنا موجودة وهو الاصول (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال أكمل الدين أي حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فأنامل ما وجه

جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلاف وليست الواو في نستحنا موجودة وهو الاصول (قوله وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) أقول قال أكمل الدين أي حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فأنامل ما وجه

العدول (قوله كان الربحان في الذات أحق منه في الحال) أقول قوله في الذات أي في الوجود وقوله في الحال أي البقاء والضمير في قوله منه راجع الى الربحان قال المصنف (ولا تجعله سبيلا للمالك) أقول أي لا تجعل الصفة تتأويل الفعل أو على اعتبار القول الثاني (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل) أقول الاظهر أن يقال جهة كونه تصرفا في ملك غيره على سبيل العدول ولا التقويت يد المالك حصل بالتقيل فيكون تحصيل الحاصل الآن يقال يتأكد به ذات التقويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول في أول الفصل وفي باب الربا يضار قوله بل يقال لحم مأروبة) أقول الظاهر مأروبة ومؤروب

ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فوات من وجه ولا تجعله سبيلا للمالك من حيث أنه محطور بل من حيث أنه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والبيع

لا نقصانها بمجرد الدلعن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى (قوله الشاة) أي أن العين باق الخ) قال صاحب العناية بقوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي الى الربا (أقول) ليس هذا بسد يدان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أمسلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا ابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي الى الربا لم يزل الفصل بين المعطوفين بكلام أجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له درية بالاساليب الكلام كما كذلك جدا وكونه بمنزلة عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلاف اه (أقول) ليس هذا بشيء لأن معنى قوله للشافعي أن العين باق أن في إثبات مذهب كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي الى الربا لأن له في إثبات مذهب أبي يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف كيف ولولزم ما توهمه من المخذور ههنا لزم ذلك في كل موضع خلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب كذا وكذا وكذا وكذا لا شك أن المذكور ثانيا أو ثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول مع أن مسدعي كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة مقومة فانه معطوف قطعاً على قوله للشافعي أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لمساغله الشافعي بل لا ريب فالوجه في صحة العطف في أمثل ذلك كاه أن المعنى أن له في إثبات مذهب كذا ولنا في إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والبيع) هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وفسحها وأزيم أو تقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروبة فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك

(قوله الأثرى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد) فتبدل الاسم دليل على المغارة صورة وتبدل المقصود دليل على المغارة معنى وإذا ثبتت المغارة بينهما ما وقد ثبت الثاني فيكون الأول مستتباً كما ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل أن يكون شئين فإذا هلك الأول بفعله صار ضماناً له والدقيق حادث بفعله فيكون ملكه والصنعة قائمة بذاتهم من كل وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة في الوجود وترجع الى الأصل يرجع الى الحال والربحان في الذات أحق من الحال وأما قول أبي يوسف جريان الربا بينهما دليل على بقاء المجانسة فقلنا بين الدقيق والخطة شبهة من حيث أن عمل الطعن ضرورة في تقرير الأجزاء وباب الربا مبسوط على

العدول (قوله كان الربحان في الذات أحق منه في الحال) أقول قوله في الذات أي في الوجود وقوله في الحال أي البقاء والضمير في قوله منه راجع الى الربحان قال المصنف (ولا تجعله سبيلا للمالك) أقول أي لا تجعل الصفة تتأويل الفعل أو على اعتبار القول الثاني (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تقويت يد المالك عن المحل) أقول الاظهر أن يقال جهة كونه تصرفا في ملك غيره على سبيل العدول ولا التقويت يد المالك حصل بالتقيل فيكون تحصيل الحاصل الآن يقال يتأكد به ذات التقويت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول في أول الفصل وفي باب الربا يضار قوله بل يقال لحم مأروبة) أقول الظاهر مأروبة ومؤروب

بمخلاف الطبع بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق بالعم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك ويقوت الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فإنه إذا غصب دققة غفيرة أو غزلا فغصبه أو قطنا فغزله أو سمما فعصره ينقطع حق

(٢٦٢)

وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة وينتفعر عليه شيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلهما استعسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستعسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبح المصلية بغير رضا صاحبها أطمعواها الأسارى فإذا الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولأن في اباحة الانتفاع فخرج باب الغصب فيعزم قبل الارضاء حسم المادة الفاسدة ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه

ما سيجي ولا عين الثوب قائم لم يتبدل باسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر وقوله (وجهه) أي وجه القياس (أن ثبوت الملك المطلق للتصرف) يعني أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك باللائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستعسان ما ذكر في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عامر بن كليب الجري عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مطبوخة أي مشوية فآخذ منها القمة فجعل يلوكها ولا يبغها فقال عليه الصلاة والسلام إنما تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينس على بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطمعواها الأسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها الآن مال الغير يحفظ عليه عند ما إذا

أجيب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب العمية فيها فاعظم المقصود منها للعم ثم السليخ والتأريب بعد ذلك لا يغوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقيقه فلا يكون دليل تبدل العين كذا في العنايت بغيرها (أقول) الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسليخها وتأريبها فإنه على المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسليخ فورد عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجابه المصنف عنه وممدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقرير

الاحتياط فابقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكمه بالاحتياط القطع في الثوب والذبح في الشاة فإن بالذبح لا يغوت اسم العين يقال شاة مذبوحة فإن قسل بالسليخ والتأريب يزول اسم الشاة فكان ينبغي أن ينقطع حق المالك بعد التأريب قلنا بالذبح لا يغوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية قتل بالسليخ والتأريب لا يغوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقيق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل العين فبقيت مملوكة لصاحبها (قوله وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك ويقوت الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فإنه إذا غصب دققة غفيرة أو غزلا فغصبه أو سمما فعصره ينقطع حق المالك (قوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلهما) فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط أنه يحل بالقضاء لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضا المالك عنده لأنه لا يقضى الإبطاله (قوله فإذا الأمر بالتصدق زوال ملك المالك) روى أن النبي عليه السلام كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدم إليه شاة فآخذ منها القمة فجعل يلوكها ولا يبغها فقال إنما تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينس على بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطمعواها الأسارى فأمره بالتصدق بها بيان من أن الغاصب ملكها الآن مال الغير يحفظ عليه عنه إذا أمكنه وبعده بعد البيع إذا تذر عليه حفظ عينه وأمه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء فإن قيل إنما يتصدق عند الرجوع بالأصل المفهوم فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج قلنا روى عن محمد رحمه الله أنه يتصدق بالأصل فبقي الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الأصرار

أمكن وبعده بعد البيع إذا تذر عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق به ادل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب

قبل الارضاء (قوله ولأن في اباحة الانتفاع) دليل معقول وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم لباحة كفاي الملك الفاسد وقوله (وإذا أدى البدل) راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلهما وكلامه واضح

وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى الإبطال وعلى هذا
اختلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فخرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيها ما قبل أداء
الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين نفسه من وجه وفي الحنطة يزرعها
لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

(قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضى الإبطال)
في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت
عبارات الشراح في تفسيره ما فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون
المغصوب ممن كان القاضي وليه أو أن يكون المراد منه قضي بالضمان بدليل قوله لأنه لا يقضى الإبطال
أه واختار تاج الشريعة الاحتمال الأول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم
أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني إذا كان مال اليتيم (أقول) رد على
الاحتمال الأول أن قول المصنف في التعليل لأنه لا يقضى الإبطال غير مساعد لأن من كان القاضي وليه
لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيرا وكذا إذا كان
الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء
يأتي ذلك أحيث يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الأول بأن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي
ولي له لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضا بطلب المغصوب منه محكما وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون
المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضي بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع
أداء البدل من الغاصب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البدل بالقضاء فافترا ولا تكرار ثم
قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من الضمان أه (أقول)
يرد عليه أيضا أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدى البدل يباح يعني عن هذا المعنى لأن أداء الغاصب البدل
يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه
بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمن المالك أخذه الضمان بتغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق
أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البدل أداءه برضاه دون مطلق الأداء ولا يلزم استدراك
قوله وكذا إذا أدى بالقضاء وأداءه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا
استدراك بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضيا على مقدار من الضمان فإنه يقتضي الاستدراك
إذا التراضي قد كان معبرا في قول المصنف وإذا أدى البدل يباح كإدله عليه تعليقه هناك بقوله لأن حق
المالك صار موفى بالبدل لفصل مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضا بأن المراد هنا التراضي على
مقدار من الضمان أي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من
هذه الحيشة وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن حل قول المصنف أو ضمنه المالك على
التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا
وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل
أداء الضمان أه واقفي أثره الشارح المعنى (أقول) فيه أيضا عدم من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى

وقوله (أو ضمنه الحاكم)
يعنى إذا كان مال اليتيم
وقوله (بخلاف ما تقدم)
إشارة إلى قوله كن غصب
شاة وذبحها وشواه أو طبخها
أو حنطة فطبخها أو حديدا
فأخذ منه شيئا وقوله (وأصله)
ما تقدم إشارة إلى ما ذكر
قبل هذا الفصل من تعليل
مسئلة ومن غصب عبدا
فأستغله فنقصته الغلة فعليه
النقمة

(قوله أو ضمنه الحاكم) يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضي وليه أو أن يكون المراد منه قضي
بدل قوله لأنه لا يقضى الإبطال ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضيا على مقدار من
الضمان (قوله وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها) أي ملكها الغاصب عندها خلافا للشافعي
رحمته (قوله غير أن عند أبي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع بها) أي في الحنطة التي زرعتها والنواة التي
غرسها بالقضاء لوجود الاستهلاك من كل وجه اذ لم يبق عن تعلق حق المغصوب منه فيباح الانتفاع بخلاف

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضررها ادراهم أو دنانير أو أنية لم يزل ملك مالكم اعند أبي حنيفة ثم رحمة الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال عليهما الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبره متقومه صبراً حداثاً حق المالك هال كامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأ هو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغيرهما معنى واسمالاته قبل الضرب كان يسمى تبرأ وفضة وذهباً وبعده ادراهم ودينارين ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولا يبي حنيفة ثم رحمة الله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسمي ياتي والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وحريان الزاوي وجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك (٢٦٤) لم ينقطع حق المالك (قوله وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح

وان غصب فضة أو ذهباً فضر بها ادراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالها عنها عند أبي حنيفة
 فحياً أخذها ولا شيء للغاصب وقال عليه الغاصب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك
 هالاً كالممن وجه الأخرى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتسبيل يصلح رأس المال في المضاربة والشركات
 والمضروب يصلح لذلك وله أن العين بان من كل وجه الأخرى أن الأسميات ومعناها الأصلية الثمنية وكونه موز ونا
 وأنه بان حتى يجري فيه الرابا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها
 غير متعومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بمجسها قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عنها
 ولزم الغاصب قتلها) وقال الشافعي للمالك أخذها

غيرهما القيام العين فيه من وجده (قوله ألا ترى أنه كسر ه و فاء بعض المقاصد) بيان لقوله صير حرق
المال إلى حال الحكم من وجده (قوله والتسبر لا يصلح رأس المال في المضاربة) بيان لقوات بعض المقاصد وهو أنه
كان قبل الكسر والصنعة تسعة يتعين بالعين وقد فاء هذا المعنى (قوله ألا ترى أن الاسم) أى اسم
الذهب والفضة بأن (قوله جرى فيه) أى باعتبار كونه موزوناً وبه فارق الحديد والصفران الصنعة هناك
تخرج من الوزن وإن يكون مال الربا حتى لو باع ثمرة بمقمتين بدايد يجوز (قوله وصلاحيته لرأس
المال من أحكام الصنعة) أى صلاحيته بعد الضرب لرأس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لأن من حكم
العين ولهذا نقول ما لا يتفاوت من الفلوس الناتجة في هذا الحكم كالأراهم والدنانير فلا تبدل العين بالصنعة
(قوله وكذا الصنعة فيها غير متقومة مالمقا) أى ليست متقومة في كل الأحوال بل في بعضها إذا كسرناه فضة
أو ذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه وإن وجده صاحبه مكسور أو رضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور
والصحيح (قوله ساجه) بالجيم وهى الخشب العظيمة جدا والخشب المشعرة المهمة لأنها أساس ونحوه كذا فى المغرب

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسئلة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمه الله كذا في بواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله في قوله وجه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه من السؤال

والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب المح (ووجه آخر لنا فيه) أي في تعليل هذه المسئلة (أن قياما ذهب إليه) الشافعي (أضرارا بالغاصب ينقض بنائه) (٢٦٥) الحاصل من غير خلف وضرر المالك

فبما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجدة أما إذا بنى على نفس الساجدة ينقض لأنه متعد فيه

وجه ذلك لو كان لا الضرر من مجبورين بالقيمة فأنما هو أقل قيمة حيث لا يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان مقدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجدة كان البناء غالبا على الساجدة فيصح إذا ذلك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداهما حق المالك هالكولا كان وجه اظهر وصحة تصوير الغالب المغلوب هالكولا كان وجه وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون الساجدة غالبة على البناء فليس كذلك هنا أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكولا كان وجه اذ تصوير المغلوب الغالب هالكولا غير ظاهر تأمل تهم (قوله) ووجه آخر لنا فيه أن قياما ذهب إليه أضرارا بالغاصب ينقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضى الله تعالى عنه أضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا أضرارا بالمالك والكن ضرر المالك مجبور بالعرض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيغفرت حقه لا الى خلف فـ كان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساجدة بالحاء المهمل فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كالأخفى نعم بر وجه هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله) كما إذا خاط بالخط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قال في العناية فان قبل عدم جواز ترزع الخط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط فلما ثبت في كل واحدة منهما ما حق المالك وغيره وجعل حقه غيره أولى لان باطلا زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بناءه واخراج الساجدة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخط والجارية فانها لو كانت المالك واحد لا يباح له ترزع الخط واللوح فليتا مل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه حقوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضا لارب على أنه لو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد صار بمنزلة عما نحن فيه اذ لا

والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب المح (ووجه آخر لنا فيه) أي في تعليل هذه المسئلة (أن قياما ذهب إليه) الشافعي (أضرارا بالغاصب ينقض بنائه) (٢٦٥) الحاصل من غير خلف وضرر المالك

فبما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساجدة أما إذا بنى على نفس الساجدة ينقض لأنه متعد فيه

وجه ذلك لو كان لا الضرر من مجبورين بالقيمة فأنما هو أقل قيمة حيث لا يكون أخف وأيسر تحملا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قدمناه فان مقدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجدة كان البناء غالبا على الساجدة فيصح إذا ذلك أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداهما حق المالك هالكولا كان وجه اظهر وصحة تصوير الغالب المغلوب هالكولا كان وجه وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون الساجدة غالبة على البناء فليس كذلك هنا أن يقال انه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكولا كان وجه اذ تصوير المغلوب الغالب هالكولا غير ظاهر تأمل تهم (قوله) ووجه آخر لنا فيه أن قياما ذهب إليه أضرارا بالغاصب ينقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضى الله تعالى عنه أضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا أضرارا بالمالك والكن ضرر المالك مجبور بالعرض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشئ فيغفرت حقه لا الى خلف فـ كان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساجدة بالحاء المهمل فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتى في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك أيضا كالأخفى نعم بر وجه هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله) كما إذا خاط بالخط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قال في العناية فان قبل عدم جواز ترزع الخط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط فلما ثبت في كل واحدة منهما ما حق المالك وغيره وجعل حقه غيره أولى لان باطلا زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بناءه واخراج الساجدة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخط والجارية فانها لو كانت المالك واحد لا يباح له ترزع الخط واللوح فليتا مل اه (أقول) ليس ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه حقوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضا لارب على أنه لو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد صار بمنزلة عما نحن فيه اذ لا

(قوله والوجه من الجانبين قدمناه) أي في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب (قوله وجه آخر لنا فيه) أي ودليل آخر في تعليل هذه المسئلة ان قياما ذهب إليه أضرارا بالغاصب يعني لا بد في هذا من الحاق الضرر باحدهما أما في حق الغاصب ينقض بنائه وأما في حق المالك بانقطاع حقه عن الساجدة وضرر المالك مجبور بالقيمة وفيه ضرر نقل المالك من العين الى القيمة بدون اختياره الا أن في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضم الميم القيمة توفر المالك ونقل حقه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان فضرر النقل دون ضرر الابطال (قوله اذ بنى في حوالى الساجدة)

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة من ما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتلك الغصب (قوله) وجعل حقه غيره أولى الخ) أقول كيف

(٢٦٤ - (تكملة الفقه والكفاية) - ثامن) يقاس ذلك ولو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بناءه واخراج الساجدة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخط والجارية فانها لو كانت المالك واحد لا يباح له ترزع الخط واللوح فليتا مل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني هو (برذلك وهو الأصح) قيل لأنه تغير عما كان عليه لأن الساجدة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولا أبواب النور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك إلا بالنقض والتغير بوجوب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره غير (٢٦٦) أمره فمالها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك

الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزور هو القطع وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يسحق أجرة المثل لجزائه على المالك لأنه حقق ماله فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصان ما حيث أعد للجزور غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس أزاله الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاجتماع أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر أصله في ذلك وكذلك إذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يذبح منه شيئاً يعني في ذبح الشاة لأن الذبح والساح في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجهه باعتبار قوت بعض الأغراض من الحل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله قوت بعض

وجواب الكتاب بذلك وهو الأصح قال (ومن ذبح شاة غيره فمالها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزور هو القطع وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يسحق أجرة المثل لجزائه على المالك لأنه حقق ماله فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصان ما حيث أعد للجزور غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس أزاله الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاجتماع أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر أصله في ذلك وكذلك إذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يذبح منه شيئاً يعني في ذبح الشاة لأن الذبح والساح في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجهه باعتبار قوت بعض الأغراض من الحل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله قوت بعض

بأن أدخل الساجدة في وسط الجدار لإحكام البناء عليه كما في الأبواب والابنية المرتفعة (قوله وجواب الكتاب بذلك) حيث قال لا ينقض البناء مطلقاً من غير تفصيل ولأنه ذكر في الكتاب وبني عليها وذكرهم إلا أنه بعد تقرر ما قال الكرخی وأبو جعفر ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد في كتاب الصرف أنه لو غصب نقرة واتخذ منها مائة ومائة انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل هنا متعديان عمله في ملك الغير فدل أنه لا فرق بين أن يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه (قوله وهو الأصح) لأنه تغير عما كان عليه لأن الساجدة قبل التركيب تصلح لطبخ القدور وأبواب الدور وبعد التركيب لا تصلح لشي من هذا إلا بعد النقض وقيام الشيء بمقتضاها يكون فلهما فوات منافعها من وجعها صارت هالكاً من وجعها كانت نقيلة والآن صارت من العقار ولهذا صارت تسحق بالشفعة فيكون هالكاً من وجهه ثبت أنه تغير عما كان

ولو

الأغراض إذا لم يجعل البيان مختصراً فيما ذكر بقوله من الحل والدر والنسل

(قوله وجواب الكتاب إلى قوله قيل لأنه تغير الخ) أقول قيل برده عليه أن هذه الصلاة باقية في الساجدة بمحالتها غايته أن البناء عليه ممانع عن ذلك كالبناء على الساجدة فإنها تصلح للزراعة بمحالتها والبناء ممانع كما نص عليه فلي مل (قوله وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلاً لأنه لو لم يكن نصيباً فهو تبرع لا يحق به الإجراء الأولي على قضية استحقاق أجرة المثل من المبيع ويقول ببله إن ذابحه

ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من كل وجه قبل ليس لتقييده
بغير ما كول اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يده على قوله أن شاء ضمته قيمته وسلمها اليه وإن شاء
ضمته نقصانها فدل على أنه ما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا
خيار فبهما يعني في ما كول اللحم وغير ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك
لكفي أن يقول وكذلك إذا كانت غير ما كول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة (٢٦٧) الحكم بين قطع طرف ما كول

اللحم وغير ما كوله حيث قال
في الأول أنه اتلاف من وجه
وفي الثاني لوجود الاستهلاك
من كل وجه والظاهر من
كلامه نفي اختيار المالك
بين تضمين قيمته وبين
امسالك الجسدية وتضمن
نقصانها ويكون ذلك اختيارا
منه وإن كان نقل الكتب
على خلافه فإنه ذكر في
الذخيرة والغنى فقال وفي
المنتقى هشام عن محمد بن
الدرجل قطيع يد جاراؤ
رجله وكان السابق قيمة فله
أن يمسك ويأخذ النقصان
(قوله بخلاف قطع طرف
العبد المملوك) متعلق بقوله
للمالك أن يضمه جميع
القيمة وحاصل الفرق بين
الآدمي وغيره أن الآدمي
يقطع طرفه منه لا يصير
مستهلكا من كل وجه
بخلاف الدابة فإنها بعد
ذلك لا ينتفع بها بما هو
المقصود بهما من الحمل
والركوب وغير ذلك قال
(ومن خرق نور غيره)
اختلف الناس في الحد
الفصل بين الخرق اليسير

ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من
كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذ مع أرض المقتوع لأن الآدمي يبقى منتفع به بعد قطع
الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمنه نقصان الثوب للمالك) لأن العين قائم من كل وجه وإنما

الجزر وهو القطع يقع على الذكر والأنثى وهي تؤث كذا قالوا وإنما ذكر الجزر بعدما ذكر الحكم في الشاة
من الخيار بين تضمين القيمة وتضمن النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان
بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزر هو التي أعدت للذبح فلم يكن الدر
والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من خزارته على المالك لأنه
حقوق مقصودة فيها فكان زيادة نقصانها كذا إذا غصب ثوبا فصبغه أحر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد
الصبيغ إذا اختار أخذ الثوب ليكون صبيغ الحبرة زيادة دفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزر وذلك لأن نفس
أزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر
والنسل من الأسمان وتبقيتها إلى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وأفاد صاحب
العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة أخرى حيث قال وإنما خصه بدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن
يستحق أجر المثل لجزاره على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لنقصانها حيث أعد للجزر
غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس أزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال
أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد
عليه بعض الفضلاء قوله وإنما خصه بدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل حيث قاله
لا يحال لهذا التوهم أصلا لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به أجر وقال فالاولى على قضية استحقاق
أجر المثل من البين ويقول بدله أن ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) إن قوله لا يحال لهذا التوهم
أصلا تحكم وقوله لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به أجر غير مسلم فإنه إذا لم يكن متبرعا لما زاده
الصبيغ فيما إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أحر بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن
لا يكون متبرعا لما زاده الذبيح فيما إذا ذبح جزر وغيره بل استحق أجر المثل بناء على أنه حقق مقصود المالك
وهذا القدر من القياس إن لم يكن مناطا لا جتهاد فلا أقل من أن يكون منشأ التوهم فلا بد من دفع ذلك
التوهم فإشارنا المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزر وهذا هو الشرح ههنا ولا اعتبار عليه (قوله ولو كانت
الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من كل وجه)

عليه والتغير بوجوب قطع حق المالك (قوله وكذا الجزر) وكذا إذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية
وأحترز به عاروئ الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يضمه شيئا في ذبح الشاة إذا أخذها لأن الذبيح
والملح في الشاة زيادة من حيث التقريب إلى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية أصح لأنه نقصان
باعتبار تقويت بعض الأغراض (قوله ولو كانت الدابة غير ما كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن

والفاش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة
فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب
بأن لا يصلح لثوب ما

يجب أن لا يكون غاصبا (قوله قبل ليس لتقييده بغير ما كول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا
الحق) أقول إن كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتفاقي فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وإن شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يغتوب به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يغتوب
 شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) (٢٦٨) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يغتوب بعضه ويبقى بعضهم (واليسير ما لا يغتوب به شيء من المنفعة

وإنما يدخل فيه النقصان)

يعني من حيث المسألة بسبب
 فوان الجود وإنما كان ذلك
 صعبا دون غيره (لان محمدا
 رحمه الله جعل في الأصل
 قطع الثوب نقصا فاحشا
 فقال وإذا غصب ثوبا فقطعه
 قصا ولم يخطئه فله أن يأخذ
 ثوبه وضمنه ما نقصه القطع
 وإن شاء ترك الثوب عليه
 وضمنه قيمة الثوب ولا شك
 أن الغائب به بعض
 المنافع لانه بعد ما قطع قصا
 يصلح لأغراض وان كان
 لا يصلح للبقاء وأما
 والساقط من القيمة أقل من
 الربع ومع هذا اعتبره محمد
 رحمه الله فاحشا وإذا عرف
 هذا فنخرق ثوب غيره خرقا
 يسيرا ضمن نقصانه والثوب
 لما لك لانه العين قائم من

دخله عيب فضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلما لك أنه يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من
 هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه
 تعيب من وجه من حيث أن العين باقية وكذا بعض المنافع قائم ثم أشار إلى أن الفاحش ما يبطل به
 عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يغتوب به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة
 واليسير ما لا يغتوب به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لان محمد اجعل في الأصل قطع الثوب نقصا
 فاحشا

قال صاحب العناية قيل ليس لتعديده بغير ما كوله اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله
 وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمته أو سلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانه فدل على أنه حافى الحكم
 سواء ومن الشارحين من قال هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بالاختيار
 فيهما يعني في ما كوله اللحم وغير ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره بذلك الظاهر وفيه نظر من
 وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكان في أن يقول وكذلك إذا كانت غير ما كوله اللحم والثاني أن التعليل
 يدل على غيرة الحكمين قطع طرف ما كوله اللحم وغير ما كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي
 الثاني لو جرد الاستهلاك من كل وجه إلى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التعدي بغير
 ما كوله اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد من قال في قوله ومن الشارحين من
 قال فإظهار أنه هو صاحب غاية لبيان أنه لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب
 الغاية الآن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضا فإن عين عبارة هكذا هذا الفرق
 بين ما كوله اللحم وغير ما كوله اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
 جميع القيمة فيها بالاختيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يراد على هاتيك العبارة شيء
 من وجهي نظر صاحب العناية لأن مدار ورودهما على حل مراد المصنف على تسوية ما كوله اللحم وغير
 ما كوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على حل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين

يضمنه جميع (قيمة أي الواجب ههنا جميع القيمة إذا لم يكن لأدائه منفعة بعد قطع طرفه لو جرد الاستهلاك من
 كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يسلك ويأخذ النقصان وفي المنتقى روى هشام عن محمد وجهما الله
 رجل قطع يد حمار أو رجلاه وكان لما بقي قيمة فله أن يسلك ويأخذ النقصان ثم قال فإن ذبح حمار إنسان
 ذبح فقال صاحبه إنى أضمنه النقصان ولا أعلم الجلد إليه فان كان لجلده الحمار ثم فله ذلك وإن قتله فليس له
 ذلك قال هشام لأن ذبحه بمنزلة الدباغ (قوله والصحيح أن الفاحش ما يغتوب به بعض العين وجنس المنفعة)
 اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم إن أو جب نقصان ربع القيمة
 فصاعدا فهو فاحش وإن كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم إن أو جب نقصان نصف القيمة فهو فاحش
 ومادونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما أو اليسير ما يصلح بعده لثوب ما وذ كر في الأوضح
 أن الخرق الفاحش في الخط أن يستفكف أو ساط الناس من لبس مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي غير الخط
 وغير المقطوع أن لا يمكن أن يحاط منه ما يشتري لأجله الأبد زمتين في غير موضع الدرر واليسير ضده
 وذ كر في الخصال أن كان لا يتحمل المنفعة اللبس فهو يسير وإن كان يتحمل المنفعة للبس لكن يمكن إصلاحه
 بالخطاطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح أن الفاحش ما يغتوب به بعض العين وجنس المنفعة بأن كان
 يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح لأغراض مثلا وإنما يغتوب به بعض العين من حيث الظاهر والغالب
 إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يغتوب من أجزائه شيء لا محالة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ثوبا ليسير ما لا

كل وجهه وإنما دخله عيب
 فيضمنه وإن خرقه خرقا كبيرا
 فللمالك أن يضمنه جميع
 قيمته ويترك الثوب عليه
 لانه استهلاك من هذا الوجه
 فانه قبل القطع كان صالحا
 لا تتخذ القباء والقميص
 وعسده لم يبق ذلك فكان
 مستهلكا من وجهه فان شاء
 أخذ الثوب وضمنه النقصان
 لانه تعيب من وجهه من
 حيث أن العين باقية وكذا
 بعض المنافع قائم فيبطل
 إلى جهة الاستهلاك وضمنه

والغائب

جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسألة
 بالظاهر الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفي عالم بلبس كالكمر يلبس

قال (ومن غصب أرضا)

كلامه واضح لا يحتاج
إلى شرح لكن كان القاضي

الامام أبو علي النسفي يحكي

عن الكرخي رحمه الله أنه

ذكر في بعض كتبه تفصيلا

فقال ان كانت قيمة الساحة

أقل من قيمته البناء فليس

له أن يأخذها وان كانت

قيمة الساحة أكثر فله أن

يأخذها قالوا هذا قريب

من مسائل حفظ عن محمد

رحمه الله حيث قال في الولوة

سقطت من يد انسان

فابتلعها فاجابة انسان ينظر

الى قيمة اللباجة والاولوة

فان كانت قيمة اللباجة

أقل بخير صاحب الولوة ان

شاء أخذ اللباجة وضمن

قيمة المال الكها وان شاء

ترك الولوة وضمن صاحب

اللباجة قيمة الولوة وكذا

اذا دخل قرن الشاة في قدر

الباقلاي وتعدوا خواجه

ينظر أيهما كان أكثر

قيمة فيؤمر صاحبه بدفع

قيمة الآخر الى صاحبه

وبذلك مال صاحبه ويختبر

بعد ذلك في تلف أيهما شاء

وله أمثال غير ما ذكرنا

وقوله عليه الصلاة والسلام

ليس لعرق ظالم حق صححه

والغائبه بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قبل له اقلع البناء والغرس ووردها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك

ما كوله اللحم وغيره ما كوله اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امسالة الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغنى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لمائع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامسك وأخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ما كوله اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيبذل المالك ما بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها للساكن وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير ما كوله اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها أي الواجب هنا جميع القيمة اذ المالك لا يكتفي بالمنفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله (قوله اقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صححه في المغرب بنو من عرق حيث قال أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاعتصام يستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤثر بقلعه كذا في العناية وغيره (أقول) فيما ذكر في المغرب شيء وهو أنه قدر المضاف أولا حيث قال أي الذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا ويدغمسا توافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفته لالعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك دار حرم محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفته وجزه للجوارف ثم معنى الكلام على حقيقة فلا يكون للمصير الى التجوز وجه وعن هذا ذكر الزمخشري في الغائق ما ذكره المعارزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي الذي عرق ظالم مجرد تصور المعنى لأن هناك مضافا محذوفامقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة اه (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان ذا الذي يعني صاحب لا يكون المضافا ويكون نكرة ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة فتعني هذا قال الجوهري في صحاحه وأما والذي يعني صاحب فلا يكون المضافا فان وصفت به نكرة أو مفعلة الى نكرة وان وصفت به معرفة أو مفعلة الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمهر ولا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلامعنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة وكأن وهم ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذامن أسماء الاشارة التي هي من أنواع المعارف ونعم ما قالوا السك جواد كسوة ولكل صادم نبوة (قوله ولان ملك

يعتونه شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد اجعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والغائب به بعض المنافع في المبسوط ذكر محمد رحمه الله في كتاب الغصب اذ غصب الغاصب ثوبا وقطعه قيمة فاقبل أن يخطه جام المالك فهو بالخيار ان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قيمته يبقى صالحا لا يقيص وان لم يبق صالحا للبقاء والساقط من القيمة يكون أقل من الربع أيضا وقد اعتبره خرافا حيث خير المالك فكان الصحيح من التحديد على ما قاله محمد رحمه الله أن يقال بان الخرق القاحش ما غوت به بعض العين وجنس المفعلة ويبقى بعض العيين وبعض المنفعة واليسير من الخرق لا يغوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان (قوله ليس لعرق ظالم) بنو من عرق

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع

قيمة الآخر الى صاحبه)

أقول أي يؤمر صاحب

الاكثر قيمة بأمر تخيير

والضمير في قوله الى صاحبه

راجع الى الآخر (قوله

وقوله عليه الصلاة والسلام

ليس لعرق ظالم حق صححه

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد له من سبب فيؤسر الشاغل بتقريبها كما اذا شغل طرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقطع ذلك للمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقاولا وكونا له) لان فيه نظر الهبة ودفع الضرر عنها وقوله قيمته مقاولا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه في بناءه اقرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم بها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه حجر أو سويقا فلتسه بسمين فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبا أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بقدر العمل الساحية بنى فيها لان التمييز متعذر وانما ما بينا أن فيه رعاية الخاتين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب اصل بخلاف الساحية بنى فيها لان النقص له بعد النقص أما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا نصب صبغ بهبوب الريح لانه لا جنانية من صاحب

صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لما توهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينفي وضع المسئلة في الغصب بان قال من غصب أرضا فغرس فيها أو بنى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالعصب المنفي تحققة في الارض في انشاء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يراد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق في غصبه بان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا وكما في قوله تعالى الابليس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك الغصب في يد الغاصب حكم مقرر لما طاق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررنا آنفا فلا وجه له عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بنى عليه لم يرد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها إذ لم يضمنه عند أبي حنيفة في العقار وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب

في المغرب يتنو بن عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجهه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجاز أو قد روي بالاضافة أي ليس لعرق غاصب ثوب بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الارض الخ) يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق فله خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحية) يعني كما ان في فصل الساحية يؤمر بانقلع اذا لم تنضج الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما شغل مالك الغير بملكه وقوله (لان التمييز ممكن) يعني بالعصر وقوله (ولنا ما بينا) يعني في مسألة الساحية بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عن يقال لم لا يكون الخيار لصاحب في المغرب الى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرنة

على وجه الصفة والموصوف ذكر في المغرب أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن وأول الحديث فيها ذكره في الفائق والعريبيين من أحياء أرضا مية نهى له وليس لعرق ظالم حق ثم قال هشام بن عروة وهو أن يجي الرجل الى أرض قد أحياها رجل قبله فغرس فيها غرسا ليستوجب به الأرض وفي الاوضح أنه في بعض الروايات على الاضافة أي لغرس شجر ظالم (قوله لانه حقه فيه) أي لان حق الغاصب في بناء أو شجر يؤمر بقلعه اذا اقرار له ومعرفة قيمته مقاولا أي ما موردا بقلعه أن تقوم الارض مع الشجر المأمور ماله بقلعه وتقوم وليس فيها هذا الشجر بفضل ما بينهما ما هو قيمة الشجر المأمور ماله بقلعه ثم قيمة المقولع أو يد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة لحقت من قلع المقولع دون القائم فازدادت قيمة المقولع لذلك (قوله لان النقص له بعد النقص) أي الحاصل من البناء المتقوض كالخشب والا جرحه أي للغاصب أما الصبغ فيتلاشى ولم يحصل

الصبيغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مال الكوض منه قيمة صبغوا ان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع الثاني بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبيغ صفة فيكون كالتابع له بالسويق بمنزلة الثوب والسمين بمنزلة الصبيغ (قال أبو عصمة) المرزوي رحمه الله (في أصل المسئلة) يعني في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر واحترز (٢٧١) بهذا القيد عن أن يتوهم أن

هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسئلة فقصده بذلك تصحيح اللقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسئلة الصبيغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليقها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقليل فليبق مثلياً وقيل المراد منه المثل سماء به لقيامه مقامه والصفرة كالجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالجرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً تنقصه الجرة بان كانت قيمته ثلاثين درهماً فترجع ثوباً للصبيغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمس دراهم لان احدي

الصبيغ ليضمن الثوب فقيمة ذلك صاحب الأصل الصبيغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضر ببقية أبيض وصاحب الصبيغ بما زاد الصبيغ فيه لان له أن لا يملك الصبيغ بالقيمة وعندا متناعه تعيز رعاية الجانبين في البيع ويتأني هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقليل فليبق مثلياً وقيل المراد منه المثل سماء به لقيامه مقامه والصفرة كالجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالجرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً تنقصه الجرة بان كانت قيمته ثلاثين درهماً فترجع ثوباً للصبيغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمس دراهم لان احدي

الجسيتين جبرث بالصبيغ سماء غصبا فله وجه ولو كان فيما ذكرناه من الحل على المعنى الاخرى مندوحة عنه كما لا يخفى

لغاصبه منه شيء فلم يؤمر من الغاصب بقلع صبغه كيلا يغتصبه أصلاً (قوله قال أبو عصمة رحمه الله في أصل المسئلة) أي في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر وان شاء رب الثوب باعه (قوله ببقية أبيض وصاحب الثوب بما زاد الصبيغ فيه لان له أن لا يملك الصبيغ بالقيمة وعندا متناعه تعيز رعاية الجانبين في البيع) لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الى صاحبه معنى ويضر ببقية الأبيض وصاحب الصبيغ بما زاد الصبيغ فيه لان له أن لا يملك الصبيغ بالقيمة وعندا متناعه تعيز رعاية الجانبين في البيع لانه طريق اتصال حق كل واحد منهما الى صاحبه (قوله ويتأني هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه) أي يتأني قول أبي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضاً وقوله فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لانه اذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبيغ على كرمه فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول الى حقه اذا لم يرض صاحب الثوب بتلك الصبيغ بالقيمة فقام في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبيغ لا يتعين البيع طريقاً للوصول الى حقه لان تضمين الغاصب بالثوب الأبيض (قوله وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق) أي الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبيغ والانصباغ أما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء أخذها وغرم السمين وأما حكم السويق والسمين في الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر في الايضاح ان السمين لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمين بمنزلة الصبيغ لان السويق أصله والسمين كالتابع له فانه يقال سويق ملتوث وأما العسل والسمين فكلاهما أصلان (قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فانه أجاب على ما شهد في - صره من عادة بني أمية فانهم كانوا يمنعون عن لبس السواد وهما أجابا على ما شهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد (قوله ولو كان ثوباً تنقصه الجرة) بان كانت قيمته ثلاثين درهماً فترجع للصبيغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الجرة فان كان الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمس دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبيغ خمسة فالحسنة بالخسنة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة والله أعلم بالصواب

عليه قيمة الصبيغ خمسة فالحسنة بالخسنة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

(قوله قال أبو عصمة المرزوي) أقول هو سعد بن معاذ المرزوي تلميذ إبراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

*** (فصل) *** لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالملك بالخيار ان شاء صبر الى أن توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة (فضمنها الغاصب ملكها) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كولو غصب مدبر او غيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا الملك ملك البديل وهو القيمة بأكمله) يعني يدور به وكل من ملك بديل شئ خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البديل دفعه للضرر عن مالك البديل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدير ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أي ز يدرجه الله فانه قال في الامرار قال علماء نازحهم انه الغصب يهين الملك في المغصوب عند القضاء بالضممان أو التراضي قال شمس الاعتراض انه في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب (٢٧٢) لكن اذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة

*** (فصل) *** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدير ولنا أنه ملك البديل بأكمله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لانه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

*** (فصل) *** لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكر صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطع قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها اغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضممان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدير ولنا أنه ملك البديل بأكمله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب

*** (فصل) *** (قوله عدوان محض) أي ما فيه وجه باحة فلا يصلح سببا للملك لانه حكم مشرور وغيبه سدي سببا مشرورا والتعدي لا يكون مشرورا لان أدنى ذر جاته ان يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا وصار كغصب المدير (قوله ولنا أنه ملك البديل بأكمله) أي رقبته ويدفعه ان يزول ملكه عن المبدل الى ملك من وجب عليه البديل اذا كان المبدل بحالة النقل من ملك الى ملك دفعا للضرر وتحققا للبديل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى يتقدر بقيمة العين والاصل في الضمان ان يجب بقدر ما قوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل الغائت فاذا ثبت له الملك في البديل داوذا تابع لناه مقابلا لاصل داوذا نافي زول ملكه عن الغصوب شرط الحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبروا لاجرم بقاء الاصل على ملكه اذا جبر بهتمد القوات وشرط الشئ تابع له فصار حسنا بحسنه وانما يقع لو كان الملك يثبت بالغصب (قوله نعم قد يفسخ التدبير الخ) هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدير أيضا بان باعه وخاصة المشتري بالتسليم

بعض الشبهة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشرور مرغوب فيه فيكون سببه مشرورا مرغوبا فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سببا لانه ترغيب للناس فيه لفحص ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) جواب عما يقال لا نسلم أن المدير لا يقبل النقل فان مولوا بباعه وحكم القاضي يجوز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقرير القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو

قال

في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فيقتد كن البيع مصادف القن لا للمدير فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

(فصل) * (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبدل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب للملك وعندنا لان المدير لا يقبل النقل كما يجبي قال لمصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبته لاجرمنا غاية أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملك مستندا كما في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب بعينه) اذا اختلف في قيمة الغصب فالقول قول الغاصب مع بعينه (الأن يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبت بالجهة المزمرة) فان عجز عن اقامة البينة وطلب عين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة الغصب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبات وكان القاضي الامام أبو علي التستبي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشككة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ايس عليه اليمين وباقامة البينة أسقطها وارفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذلك كراوصاف الغصب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث (٢٧٣) لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى

رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعي عليه حتى يجي بهما ويردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين حنسا وصفتها وقيمته وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يتمتع عن احضار المصنوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معانة فعمل الغصب دون العلم باوصاف الغصب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر وثبت بشهادتهم فصل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كسبونه باقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا يحتاج الى تأويل أبي

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع بعينه) لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع بعينه (الأن يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) لانه أثبت بالجهة المزمرة قال (فان ظهرت العين وقيمتهما أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتص به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع بعينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه به هذا المقدار حيث يدعي

والالم يكن تعديل الشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لاهمنا غاية أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لا يمتنع عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا بما هي الاحالة فلم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ليزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكافة الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غايته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ الذي يصلح جوابا آخر عما قاله الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو وعدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي في تعليله فلم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عندنا كان التثبت به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصع ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوف كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو يزيد في الاسرار حيث قال قال علماء الغصب بغيب الملك في الغصب عندنا القضاء بالضمن أو التراضي عليه (قوله الآن يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب عين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة الغصب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي

وقضى القاضي بذلك فان المشتري يأخذ المذرفاجاب بان ذلك لا يكون نقل المذربل نقل القن لانه بغيره القاضي يعود الى الرق (قوله الآن يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) فان لم يكن للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة ان قيمة الغصب كذا قال بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى ان المودع

(٣٥) - (تكملة الفقه والسكافية) - (نامن) بكر الاعمش وهو ما قال تاريلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة الغصب لان المقصود اثبات الملك للمدعي في الغصب والقضاء بالجهول غير ممكن (ذن ظهرت العين وقيمتهما أكثر مما ضمن) فاما أن يكون ضمن بعد تمام الرضا ولا فان كان الاول كالمودع بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتص به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالمودع بقول الغاصب مع بعينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه به هذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل أخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله

(قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع ضرورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينته مدعي الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أو قول فيه تامل

(وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضائه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدا الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقبضها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه يقول الغاصب مع غيره (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في (٢٧٤) استرداده لأنه لو قرع عليه بدل ملكه بكله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لأنه لم يتم رضاه

الزيادة وأخذه دون المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضائه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدا الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقبضها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير) يعني ما إذا ضمنه يقول الغاصب مع غيره (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في (٢٧٤) استرداده لأنه لو قرع عليه بدل ملكه بكله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لأنه لم يتم رضاه

بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعققه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عقده لأن ملكه الثابت فيه ناقص اثبوتة مستندا أو ضرورة اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد على ما ذكره والناقص يكفي لفسوخ البيع دون الاعتاق بالنقص كملك المكاتب فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعققه ويقيده باعتاق الغاصب ثم تضمنه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمن الغاصب فإن فيه رواية يمين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقت وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة وغاؤها) كالسمن والجمال (وعمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن الأمانة في يد الغاصب عند

أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشككة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وباقامة البيئة أسقطها وارفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البيئة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكره وأمن وجه الفرق نظر فانه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البيئة لا سقوط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كان في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن اقامة البيئة على الأكثر إنما هو الأقل الذي كان معترفا به وليس مقصود من اقامة البيئة عليه إلا مجرد إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وما إذا حصل له هذه الفائدة صار إذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البيئة على ذلك قبلت بينته ومن المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسئلة وهو الصحيح (قوله في هذا الفصل الأخير) أي فيما إذا ضمنه يقول الغاصب مع غيره فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض وقال الكرخي لا خيار له لأنه لو قرع عليه بدل ملكه بكله وجه ظاهر الرواية أن الخيار لغوت الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه وجزأ أن تكون قيمته مثل ما ضمنه عند القومين ولا تكون مثله عنده فلا يرضى به بدلا (قوله لأن الملك الثابت فيه ناقص لثبوتة مستندا) والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجهه دون وجهه أو ضرورة إذا دلل على ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوا أو المالك حمة وانما ثبت الملك له ضرورة القضاء بالضممان كيلا يجتمع البذل والمبدل في ملك واحد أو ثابت ضرورة ثابت من وجهه دون وجهه ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد لأن الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة فهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لأنه بدل المنفعة فيكون تبعه محض واثبوت الحكم في التبع بثبوت في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه أو شرط الغير مولان ملك الكسب أسرع نقودا من ملك الولد بدليل أن الغاصب إذا أجر المغصوب بملك الأجر ولو أولاد الملك والملك الناقص يكفي لغاذا البيع ولا يكفي لاعتق كملك المكاتب فإن المكاتب بملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه (قوله وولد المغصوبة وغاؤها) كالسمن والجمال أما لا كساب الحاصلة باستغلال الغصب فهي ليست من قبيل غناء المغصوب لأنه لا يستقيم فيه الاستثناء بقوله إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها صاحبها فيمنعه بالماذكرنا

طلب المالك) والا كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غنائها في شيء حتى تضمن بالتعدي لما تضمنه العوض الغير عن منافع المغصوب ومنافع غير مضمونة عندنا فكذلك بدله (وقال الشافعي رحمه الله زائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كاطمية المخزج من الحرم إذا ولدت في يده فإن (قوله دون الاعتاق بالنقص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

الولد يكون مضموناً عليه لو جرد سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هنالك منع من الخرح (ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه
يزيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجوهر فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة
حتى يزِيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي أن يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين
هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل خيلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل بعد عيبا في الامة
فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لازالة ثمة ظاهر اذ (٢٧٥) الظاهر عدم المنع عن المطالب حتى

لومنه بعد العطب أو تعدى

فيه قلنا بالضمان كما قال في

الكتاب وذلك بان أتلفه أو

ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

وأنما ذكر التسليم لان

التعدى لا يتحقق بمجرد

البيع بل بالتسليم بعده

فان تقويت يده يحصل به

لانه كان ممتلكا من أخذه

من الغاصب وقد زال ذلك

بالبيع والتسليم وعورض

بان الام مضمونة لبتة

والاوصاف القارة في الامهات

تسرى الى الاولاد كالحرية

والرق والمالك في الشراء

وأجيب بان الضمان ليس

بصفة قارة في الام بل هو لزوم

حق في ذمة الغاصب فان

وصف به المال كان مجازا

فان قيل قد وجد الضمان

في مواضع فلم تتحقق العلة

المذكورة فيها فكان

أما قرنها بذلك كغاصب

الغاصب فانه يضمن وان

لم يزل يد المالك بل أزال

يد الغاصب والمتقطا اذ لم

يشهد مع القدرة على الاشهاد

ولم يزل يدا والمغروا اذا منع

الولد يضمن به الولد ولم يزل

يداني حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا

كفقر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يدا حدولا لاثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على

التسليم المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك

(قوله سلمنا ذلك لكن لازالة ثمة ظاهرا) أقول فيه بحث فان ازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تقويت يده يحصل به) أقول فان قيل

ما كانت يده ثابتة حتى يغتفر قلنا فرق بين التقويت والازالة فلا دلالة على التقويت (قوله وأجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو

لزوم حق الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمغروا اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغروا حر بالقبة

الغير بغير رضا كفي الظلمة المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه
يزيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجوهر فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزِيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزال يدها اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا
تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك ان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه
يزيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجوهر فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزِيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزال يدها اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا
تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك ان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

ان الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها المأثمها عوض عن منافع
المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا كذلك ابدلها وقال الشافعي وجهه ان زائد المغصوب مضمونة
متصله كانت كالسنة والجمال أو منفصلة كالأول ولو جرد وجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضا
ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزِيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بجوهر فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزِيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا تزال يدها اذا الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا
تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك ان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه

يداني حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كفقر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يدا حدولا لاثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على
التسليم المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود الذم بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا كثره شايخنا اولوا طلاق الجواب فهو ضمان جنائية

أقول هذا التمايز فيما اذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لازالته عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالة يد المالك عن أمه فلا يتصور اذ ذلك أن يقال ولو اعتبر ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذا الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عنه فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية يتوعدو رض بان الام مضمونة بالمتوالاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والمالك في الشراء واجب بان الضمانات ايتس بصحة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبها الهامة ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظرا لان الضمانات مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمنا او مل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به الحق في التلويح في فصل ألقاظ العام وحقيقته حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعلق والوجود وجبعا الى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضامين ورده من صاحب الكشاف ان الضرب قائم بالضارب لا يقوم بالضرر ولا امتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كالموصوفه الغاصب حقيقة فيقال هو ضمان بوصفه المالك أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقوله هو لاء الشراخ فان وصف به المالك كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في ماضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكانت أماره في نفسها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالمقتطع اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد او انغور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يد في حق الولد يضمن الاموال بالاتلاف تسببا كخسر البئر في غير المالك وليس مما تارة يد احدث ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لانه وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا ثبت كل شخص منه شخص من العلة مما يكون تعديا الى هذا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يبعد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في رواه المقتضوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كالا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج

(قوله من الارسال) أي في الحرم (قوله بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع) لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالب به برد الاصل مع ولده الى ماله فوجد المنع منه بعد الطلب وهو سبب الضمان (قوله ولو أطلق الجواب) أي لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال فهو ضمان جنائية أي ضمان صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيد لانه بالحرم أمن صيد او ذاق تنفروه بعده عن أيدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيد يتوعد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه فاما الاموال فمحمومة بالأيدي فائجاب الضمان بها بتعويث الأيدي

لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا ثبت كل شخص منه شخص من العلة مما يكون تعديا (قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كفى الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر شايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي اتلاف

(قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حيث لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كفى مسئلتنا مع أن المسئلتين الاولىين دلنا على أن مجرد اثبات اليد كاف في

لان صيد الحرم وزوائده كان آثماني الحرم صيد او ذلك في بعده عن أيدينا فلو وقع في أيدينا تلف ما عني الصدية فضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا (ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكرره هذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا ن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على (٢٧٧) مستحق الامن أولى) قال (وما

نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فان الولد فلعنه رد الجارية وتودق ضمان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمومة عليه كما لو فات كلها فان رد الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية بقوته وتولد تصليح أن تكون جارية لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رجما انه لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصح الجاربا للملكة كما في ولادة الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا يجبر بم ابل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبقية الولد وفاء وكما اذا جرد صفة شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجرة الغير فنبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فاضناه

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا ن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن أولى وأحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وشققت ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح حابرا للملكة كما في ولادة الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام والولد وفاء وصار كما اذا جرد صفة شاة غيره أو قطع قوائم شجرة غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

الدرية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرره هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخنا ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أوفق لرواية المبسوط في المناسل حيث جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كغصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرره الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتضى أنه أكثر الشراح في تجويز العندين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول ومنهم صاحب العنينة حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرره هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأول كترجم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكررها متفرع على قوله فهو ضمان جنائية كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرره وجوب الارسال بتكرره الاخراج من الحرم لا يكون تارة على كون ضمان ولادة الظبية ضمان جنائية لا ضمان غصب فان تكرره وجوب الارسال بتكرره الاخراج من الحرم ينظم كون ضمان ولادة الظبية ضمان جنائيا وتكونه ضمان غصب على سواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسل أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كغصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرره الغصب فكذا هنا اه تدبر تعف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان

لا ثبات اليد عليها (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) أي يتعدد بتعدد الجناية كما اذا اشترك صرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل تكرار الجزاء بتكرره الجناية وهو أنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر ويحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرره هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله كفي ولد الظبية) فان نقصان الظبية المخرجة من الحرم لا يجبر بالولد (قوله وكما اذا ماتت الام) أي الامة بالولادة (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة) لانهم أوجبوا فوات جزء من مال الامل وحلوث مالمية

التعليم فانه لا يجبر بالصوف والصوف والقوائم بالقوائم ولا ناقص من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا أن سبب الزيادة

الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الأولى أن يقول بتكرره الضمان بدلالة ما قبله وما بعده (قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية وتودق ضمان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية يتوهمه بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد من قوله لا يجبر

واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمنا أو صار كما إذا غصب جارية
سمنية فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها أو أدها مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع وولد الظلية ممنوع

واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف (ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعرّاج
للرواية إلى أن قول المصنف على ما عرف إشارة إلى ما يجبي في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم
وهو صاحب غاية البيان إلى أنه إشارة إلى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر
الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وفيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على
ما يجبي اه (أقول) لا مجال عندى للعمل على الاول أصلا لأن المراد بالسبب هو سبب الزيادة والنقصان
وبما يجبي في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لاحدهما لا يصلح أن يكون
سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر لا يرى إلى قول المصنف فيما
سيأتى وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب الموت الأم إذ تنقض اليسه غالبا اه فان ذلك صريح في أن
الولادة لا تكون سببا لموت الأم ويعلم منه دلاله أن العلق أيضا لا يكون سببا له لأن إفضاءه إلى الموت بعد من
إفضاء الولادة اليسه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم إن المعروف
في الحواله على ما يجبي أن يقال على ما يجبي أو على ما سيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على
ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله) وعند ذلك لا يعد نقصانا
فلا يوجب ضمنا (لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلعا عن النقصان كالبيع لما
أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلعا عن ماله المبيع لاتحاد السبب حتى إن
الشاهد من إذا شهد على رجل ببيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعه لم يضمنا شيئا وهذا لأن الغوات
إلى خلاف كلافات كذا في النروح واعترض بأنه لم يخرج جوابا للخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك
المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بان المصنف أشار إلى جوابه بقوله
لا يعد نقصانا فإنه إذا لم يعد نقصانا لم يحجج إلى جابر فاطلان الجار عليه توسع هذا في الزيادة في النهاية والعناية
(أقول) الجواب منطوقه فيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لا ذكر وقوعه أو وضع مسئلتنا فيه إذا نقصت
الجارية بالولادة ولا يرى وجهه لأن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي
هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح فاطبة في شرح قول المصنف وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مروى بدل عليه قوله
في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمنا عنه عن الغاصب ولو كان اطلاق
الجار عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجهه لأن يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا
موجباً للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان
عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكما بحتمنا حاشا لا نكتفي بذلك فليتنامل (قوله) وصار كما إذا غصب جارية
سمنية فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثم نبتت) * (أقول) لعاقل أن يقول لاتحاد في السبب في هاتين

الولادتين وإن كان موجودا قبل الانفعال لم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال
وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزول المبيع عن ملكه
ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعه لم يضمنا شيئا (قوله)
وهو الولادة أو العلق على ما عرف) أى عند أبي يوسف رحمه الله سبب النقصان الولادة وعند أبي حنيفة
رحمه الله العلق ويظهر ذلك فيما إذا غصب جارية فباعت عند الغاصب فردها فبانت بالولادة فعندهما
لا يضمن لأن سبب الهلاك الولادة وكان ذلك في يد المالك ويضمن عند أبي حنيفة رحمه الله لأن سببه العلق
وكان عند الغاصب وقوله على ما عرف إشارة إلى هذا (قوله) وولد الظلية ممنوع) أى يجبر نقصان الظلية

والنقصان واحد وهو
الولادة عندهما والعلق عند

أبي حنيفة رحمه الله على
ما عرف ذلك يعني في طريقة
الخلاف وقيل في مسألة من
غصب جارية وزنى بها على
ما يجبي وعند ذلك لا يعد
النقصان نقصانا لأن السبب
الواحد لما أثر في الزيادة
والنقصان كانت الزيادة
خلعا عن النقصان كالبيع
لما أزال المبيع عن ملك
البائع أدخل الثمن في
ملكه فكان الثمن خلعا عن
ماله المبيع لاتحاد السبب
حتى إن الشاهد من إذا
شهد على رجل ببيع شيء
بمثل قيمته ففضى القاضي
به ثم رجعه لم يضمنا شيئا وهذا
لأن الغوات إلى خلف
كلافات وصار كما إذا غصب
جارية سمنية ثم هزلت ثم
سمنت أو سقطت ثنيتهما
ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب
في يده وأخذ أرشها أو أدها
مع العبد يحتسب عن
نقصان القطع ولم يعتبر
النقصان لكونه إلى خلف
(قوله) وولد الظلية ممنوع
جواب عن قولهما

قال المصنف (أو سقطت
ثنيتهما ثم نبتت) أقول قال

وتقرر به لانسلم أن نقصان الطبيعة بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لانسلم أن الام اذا ماتت لا تجبر بقيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها واهذا المانع على غير ظاهر الرواية وأما تخريجها على اظهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وايست بسبب لموت الام اذ لا تنقض اليه غالبه وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة ندر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فانه نقصان بسبب الولادة دون موت ام ورد القيمة كرد العين ولوردين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذ ارد قيمتها (وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد وجهه أن كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد اذا كان الولد هالكا كيف يجبر (٢٧٩) النقصان به وانحصاء لا يعدل زيادة لانه

غرض بعض الغسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيما اتحاد السبب كما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بعمل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بهما واصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه فهو على حاله أوجب بان المنصف وجهه الله أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانها واذا لم يكن نقصانها لم يخرج الجار في طلاق الجار عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا بدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمين الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد أوجب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس يبدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطلت الحاجة وتبقى في ملك المولى

وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تنقض اليه غالبها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه وانحصاء لا يعدل زيادة لانه غرض بعض الغسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزو سبب الزيادة

الجزو وسبب النقصان

الصورتين اذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط النية في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت النية في الثانية وقد رد المنصف فيما بعده قياس الخصم على نحو خوصوف شاة وقطع قوائم شجر بعلم الاتحاد في السبب في القياس عليه فكيف تشبه ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فهنا أيضا ثم أقول في الجواب أن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من بالولادة بقيمة الولد فلا مردة ضاؤلن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الغائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز أن يؤدى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا (قوله وكذا اذا ماتت الام) يعني اذا ماتت الام بالولادة وبقيمة الولد واه بنقصان الولادة لا تجبر في رواية فلا مردة نقضا (قوله وتخريج الثانية) أي تخريج الرواية الثانية في أنه لا يجبر وهي ظاهر الرواية ان الولادة ليست بسبب لموت الام غالباً فلم يتعد سبب الزيادة النقصان فلم يجبر وفي المبسوط فان ماتت الام بالولادة وبالولادة بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يبرأ الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المصروع منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت أو النقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولوردين الجارية كان النقصان من غير الولد فكذلك اذ ارد قيمتها في ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين أن الولادة كانت موتاً من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لأن يكون جرحاً مقتلاً بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا تكون موجبة للزيادة وهذا ما خلافة بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جارا للنقصان بالولادة (قوله اذ لا ينفذ اليه غالباً) ولا يقال أفضت في هذه الصورة فيكون سبباً لنا نقول الاصل هو النظر الى أوضاع أسباب التصرفات لا الى أفرادها الا ترى ان الصبي لا يزل للطلاق والعناق وان تحقق النفع في صورة لانهم في الاصل سببان للمضرة (قوله لا بد من رد أصله للبراءة) يعني الواجب عليه رد الاصل بالصفتا حتى أخذها وماردها بتلك الصفة وانما تكون تلك الصفة مع النقصان لو رد هاجع الولد الذي هو خلف عن النقصان فاذا لم ير الولد الذي هو خلف عن النقصان لا يبرأ (قوله وانحصاء) انحصاء على فعال هو الصبي لا يعدل زيادة أي في المسألة لانها انما تصحقق

فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما أشار اليه المنصف رحمه الله من عدم عدته نقصاناً لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني أيضاً فلهذا رد المنصف ما ألقاه هذا جزاء الله عن المحصلين خيراً

الزايي أرفقها الغاصب فثبت مكانه أخرى فرد هاهنا قط ضماناً عنه اه وفيه أن السبب ليس بمقتضى الفرق أن النية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أوجب بان المنصف أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانها الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وبكسبه كما سبق وبيع المضارب من رطب المال مع أنه يشتريه بماله وقد مر تفصيله في باب المراجحة والتولية فراجع (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمين الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والساقني (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

قال (ومن غصب جارية فترزى بها) قال في الجامع الصغير جرد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فترزى بها ثم يردّها فقبول
 فتموت في نفاسها قال هو ضمان لقيمته يوم علقت وليس عليه في الحرّة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا
 ماتت في نفاسها بعدما يردّها وتابعه المصنف في قوله ثم يردّها فقبول بتقديم الرد على الجبل ووقع في عامة النسخ بتقديم الجبل على الردّ بان أن
 الجبل كان موجوداً وقت الرد (٢٨٠) قال الزردق صح لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قبل

لا تسلم صحته حيث هلكت
 بسبب كان تنسده أجاز
 بقوله (والهلاك بعده
 بسبب حدث في يد المالك
 وهو الولادة) لا بسبب كان
 عند الغاصب والهالك
 بذلك لا وجب الضمان
 على الغاصب (كما إذا جئت في
 يد الغاصب ثم ردّها فهلكت
 أو زنت في يد الغاصب
 فردّها فجلدت فهلكت منه
 وكن اشترى جارية قد
 جلت عند البائع) ولم يعلم
 المشتري بالجبل (فولدت
 عند المشتري وماتت في
 نفاسها لا يرجع على البائع
 بالثمن) ولا يضمن الغاصب
 قيمتها لكن يضمن نقصان
 الجبل ولا يبي حنيفة رحمه
 الله أن الرد لم يكن صحيحاً
 لأن الجميع منه أن يكون
 على الوجه الذي أخذ ولم
 يردّها هنا فانه غصبها وما
 انعقد فيها سبب التلف
 ووردها وفيها ذلك (فصار كما
 إذا جئت في يد الغاصب
 فقتلت بها في يد المالك أو
 دفعت بها بان كانت الجنابة
 خطأ فانه يرجع على
 الغاصب بكل القيمة كذا
 هذا بخلاف الحرّة) إذا زنى

التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فترزى بها فقبلت ثم ردّها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها
 يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرّة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة أيضاً) لهما أن الرد قد صح
 والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا جئت في يد الغاصب ثم ردّها
 فهلكت أو زنت في يده ثم ردّها فجلدت فهلكت منه وكن اشترى جارية قد جلت عند البائع فولدت عند
 المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف ووردها وفيها ذلك
 فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما إذا جئت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك
 أو دفعت بها بان كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرّة لأنها لا تضمن
 بالغصب

عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصاناً
 كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما إذ لا وجه عنده أصلاً لأن لا يعد النقصان نقصاناً ولا يقدح ذلك انفرق في
 القياس في سقوط الضمان كما هو مدعاه لأنه إذا سقط بالضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز
 أن لا يعد النقصان هناك نقصاناً لأن يسقط بالضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان
 هنا نقصاناً أولى كما لا يخفى قد رفاقه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانها وقال بعض
 الفضلاء والفرق أن الثنية لقيمة لها بخلاف القوائم والصوف اه (أقول) ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم
 يكن لها قيمة إلا أن سقوطها ورث نقصاناً للجار به لا يربى والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يغيب
 ذلك الفرق شيئاً فيما نحن فيه (قوله والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في
 الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سبباً للهالك وقد صرح فيها امرأته اليست بسبب للموت حيث قال وتخرج
 الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إلا أن تغضى اليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليست أم في

لرغبة عامة الناس وهي ليست بمرغوبة عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال اظنهم أن الخطي كالحرم
 ويظهر ذلك فيما إذا غصب غلاماً قيمته خمسمائة وخصاه فلما برأ صارت قيمته ألفاً فصاحبه بالخيار أن شاء ضمنه
 قيمته خمسمائة يوم خصاه وان شاء أخذ العنزم ولا شيء له فعلم به أن لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لأنه لو
 كان له اعتبار لوجب على المالك ما زاد الخصاء فيه إذا اختار الأخذ كما في غصب الثوب وصبيغته أحر وقول
 الشافعي رحمه الله إن ملكه لا يخبر بملكه فلنا نحن نسمي لمنع ظهور والنقصان فلا يحتاج إلى الجبر (قوله ومن
 غصب جارية فترزى بها ثم ردّها فقبلت) أي ردّها فقبلت أي أنها جلت (قوله وماتت في نفاسها) قيد بالموت
 في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة (قوله وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم) هذا جواب عن
 قولهما وكن اشترى جارية قد جلت عند البائع قبل هو ممنوع ولئن سلم فتقول ليس على البائع هنا الرد
 ولكن عليه التسليم لأنه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وقد وجد ذلك لأنه سلمه كما وقع
 عليه العقد لأن العقد رد على العين لا على الأوصاف ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن وبموتها في النفاس لا ينعدم
 التسليم والواجب على الغاصب تسلم فعله وذلك انما يتحقق في الرد كقبض لأن الأوصاف داخله في الغصب
 ولهذا لو غصب جارية مميّنة فمزلت في يد الغاصب ووردها كذلك فانه يضمن النقصان وإذا دخلت الأوصاف في

بها رجل مكرهة فقبلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده
 لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد يكون أحبط (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما وكن اشترى جارية قد جلت عند البائع
 قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك بخلاف هذا الكلام لم يسبق أن نفا من وجه الرأيا ظاهرة من الامام أن الولادة ليست
 بسبب لموت الأم فأنزل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزيلعي وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى وأنه
 يزول بترادف الآلام فلم يكر الموت محاصلاً بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل

الطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه
ووثقها بالانقاس لا بعدم التسليم وما ذكرناه بمن وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط أهمية الرد) ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد
بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذا أوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من
التمثيل فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فلا ووصاف
داخل فيه ولهذا الغصب جارية سنة فخرت في يد الغاصب وردها كذلك (٢٨١) فإنه يضمن النقصان وإذا دخلت

الأوصاف فيه كان الرد بدونها
ردا فاسدا وأما إذا جئت في يد
الغاصب فلان سبب الموت
ما به من الحى والضعف وقت
الموت ويحتمل أن يكون
سببه مادة كانت في يد
الغاصب أو حدثت في يد
المالك أو مرتبة من ماله فلا
يضاف إلى سبب قائم في يد
الغاصب بالشك (قوله والزنا
سبب) جواب عن قولهما
أو زنت في يده الخ وتقرره
أن الزنا الذي وجد في يد
الغاصب إنما يوجب الجلد
المؤلم لا الجراح ولا التلف
ولما حدثت في يد المالك يوجب
متلف كان غير ما وجب في
يد الغاصب فلا يضمن قال
(ولا يضمن الغاصب من أفع
ماغصبه الخ) منافع الغصب
غير مضمونة لكن إن قص
بأسعده له غرم الغاصب
النقصان وقال الشافعي رحمه
الله مضمونة بأجر المثل ولا
فرق في المذهبين بين التعطيل
والاستعمال ووجه
الأول غصبه والثاني اتلافه في
شمول العدم عندنا وشمول
الوجود عنده وفصل مالك
رحمه الله قال إن سكنها فكم
قال الشافعي وإن عطلها فكم
قال أبو حنيفة رحمه الله

الباقي ضمن الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد
والزنا سبب الجلد المؤلم لا الجراح ولا متلف فلم يوجب سبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع
ماغصبه إلا أن ينقص بأسعده في غرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين
بين ما إذا عطلها أو سكنها وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه أن المنافع أموال متقومة
حتى تضمن بالعقد فكذلك بالغصب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في أملاكه أدهى لم تكن
حادثة في يده لأن لها أعراض لا تبقى فيملكها دفع الحاجة والانسان لا يضمن ملكه كيف وإنه لا يتحقق
غصبها واتلافها لأنه لا يقاء لها

التوجيه (قوله) ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في أملاكه أدهى لم تكن حادثة في يده المالك لأنها
أعراض لا تبقى فيملكها دفع الحاجة والانسان لا يضمن ملكه) لعل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن
الغصب يكون الرد بدونها رد فاسدا (قوله) وما ذكرناه شرط صحة الرد أي الرد على الوجه الذي أخذ
شرط صحة الرد حيث غصبها ولم يوجب فيها سبب التلف وهو الجرح وردت فيها ذلك (قوله) والزنا سبب
الجلد المؤلم أي الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المؤلم لا الجراح ولا التلف ولهذا
يختار سوطا لثمة ولا جلدت في يد المالك بجلده متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن
(قوله) فلم يوجب سبب أي سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك
كان سببا لحدوث في يد المالك فلا يضمن الغاصب ويحلف الحى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي
كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحى المتواليته ولا يحصل بأول الحى عند الغاصب
وهي غير موجبة لما كان بعده أما الحمل فهو واجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب اللام الولادة فيحدث
به يكون مضافا إلى السبب الأول (قوله) إلا أن ينقص بأسعده) اتخذ كرا الاستعمال لما أن الظاهر أن
النقصان إنما يحصل بالاستعمال لأن الغالب أن الغاصب إنما يغصب للاستعمال (قوله) ولا فرق في المذهبين
بين ما إذا عطلها أو سكنها أي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضممان فيهما عند الشافعي رحمه
الله (قوله) إن المنافع أموال متقومة وهذا المال اسم لما هو غير مخلوق أصالحنا والمنافع بهذه الصفة
ولهذا يصلح صدقا والمشروع هو الانتفاع بالمال ألا يرى أن الأجرة من التجارة وهي مبدلة مال بمال والمأذون
والشريك ذلك الأجرة ولا ذلك مبدلة مال بمال ليس بمال والأعيان إنما كانت أموالا باعتبار ما يتعلق بهامن
المنافع ولهذا تغل مال العبد إذا قل الانتفاع به فإذا كانت الأعيان أموالا باعتبار منافعها فلا تكون المنافع
أموالا بنفسها أولى وهي متقومة لأن تقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس ولهذا يبدلون
الأعيان لأجلها ألا ترى أنها تقوم الأعيان فاستحال أن لا تكون متقومة بنفسها وأولان اعتياض المال عن
المنفعة صحيح شرعا واعتياض عمال ليس بمقوم لا يجوز كالجرح سنة (قوله) ولنا أنها حصلت في ملك
الغاصب لحدوثها في أملاكه أي في تصرفه وهذا لأنهم أحدثت بفعله وكسب في يده والكسب للكاسب لقوله

٣٦ - (تسليمه الغنم والكفاية) - (نا من) (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير الأذى خلق أصله لا دمي ويجرى
فيه الشرح والضرورة ويضمن بالعقد صحة كانت أو فاسدة بالاجاع (فكذا بالاعتوب) لأن العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو رد على الميتة
(ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لأنها أحدثت في أملاكه) أي تصرفه وقدرته وكسبه أدهى لم تكن حادثة في يده المالك لأنها أعراض لا تبقى

(قوله) أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول بشرط فقه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله) إذا أوصاف لا تدخل في
الشراء) أقول فيه بحث فإنه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله) من الحى والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحى المتواليته (قوله)
ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث (قوله) لأن أعراض لا تبقى) أقول وإن بقيت لا تضمن لأنها ترد مع أصالها

وما حدث في إمكان الرجل فهو في ملكه دفع الحاجة فان المالك لم يثبت للعبد الادفع الحاجة الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصله في ملك الرجل
والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وأنه لا بقاء لها ولئن سلمنا
تحقق غصبها واتلافها لكن شرط (٢٨٢) الضمان للماتلة والمنافع لا تنمائل الاعيان لسرعة فناءها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف

ولانها لا تنمائل الاعيان لسرعة فناءها وبقاء الاعيان

لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كفي استئجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان
الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابله ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر
أحد احم حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة
الاجارة لا تجب الاجرة عندنا بمقابله المنافع بل بمقابله التمكن من جهة المالك لانه لم يمكن من استيفاء
المنافع الا بتمكنه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لها هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في
حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا عنها الا أنه
يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكره في كتاب الاجارات ككثرة ولهم الاجارة بملك المنافع بعوض وقولهم
والقياس يابى جوازها لان المدة ودفع المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضي التساوي والمالك في المنفعة التي هي المفقود عليه يقع ساعة فساعة
على حسب حدوثها فكذلك في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة حتى حق اضافت العقد
اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير
ذلك من الاقوال المذلة على كون الاجرة بمقابله المنافع ولعل تاويل كلامه سري بل معذرتا مل تغف
* ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما
اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقر في أول كتاب الاجارات أن القياس يابى
جوازها الا أنهم جاوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار
اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في
الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابله المنافع التي حصلت على ملكه بتدويره في يده اذا وقع التراضي
عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان
بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله)
ولانها لا تنمائل الاعيان لسرعة فناءها وبقاء الاعيان (أقول) لانه انما لا يتحقق هذا الدليل انما يدل على ان
منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم الماتلة بينهم ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع الماتلة لها
والمدعى عدم مضمونها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجوار عنه بان يقر بالمصنف هذا الدليل على

ما يسرع اليه الفساد فانه
يضمنه بالدرهم التي تبقى
فدل على أن الماتلة من
حيث الفناء والبقاء غير
معتبرة وبما اذا استأجر
الوصى اليتيم ما يحتاج اليه
بدرهم اليتيم فانه جائز
لانه لو كان ما ذكرتم
صحيحا لاجل ان قربان
الى مال اليتيم لا يجوز
الابوجه الاحسن وأجيب
عن الاول بان الماتلة
المعتبرة هي ما تكون بين
باني وباني لا بين باق وباني
فكان السؤال غير وارد
وهذا راجع الى أنهم اعتبر
بين جوهرين لا بين جوهر
وعرض الا يرى أن بيع
الثياب بالدرهم جائز وان
كان أحدهما يلبس دون
الآخر وعن الثاني بما
ذكرنا أن شراء الثياب
بدرهم اليتيم جائز الوصى مع
وجود التفاوت كما ذكرنا
فدل على أن قربان
الاحسن في مال اليتيم هو
ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله وما حدث في إمكان
الرجل فهو في ملكه الخ)
أقول الكبرى محتاجة الى
البيان (قوله وهذا راجع
الى أنهم اعتبر بين جوهرين
لا بين جوهر وعرض) أقول
وبعضه أن الاجسام متماتلة

لتركها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله الا يرى أن يبيع اشيا بالدرهم جائزا الخ) أقول فيه
بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدرهم ايضا فلا يصلح ما ذكره للتويز (قوله هو لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي الماتلة بخلاف
ضمنان العدوان فانه يثبت على الماتلة بالنص

وقد عرفت هذه المسألة خذ في المختلف ولا نسلم أنهم امتقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند دور والعقد ولم يوجد العقد الآن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

الوجه المزبور وتقرر عدم مضمونيتها بالنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال اظهره برشد الى ذلك تقر بصاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور خصها فلا يمكن تضمينها لانها لو سارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لا تماثل الاعيان لان النافع أعراض لا تبقى وقتيز والغيب تبقى أوقافا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمنان العدوان مبني على المماثلة بالنقص والاجماع برشد اليه أيضا تقر بصاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان النافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يتخلو اما أن تكون مضمونة بامثالها من النافع أو بغيرها من الاعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي النافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه مجمل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الغناء والبقاء غير معتبرة بما اذا اسه أجز الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه جائز لاحتالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بان المماثلة المتعبرة هي ما تكون بين يان وبان لا بين يان وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنهم اعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلان تنويره بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البسدين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان الله قد وادى انما في نحو برك كثير من التفاوت وعن هذا فالو يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعه ألا يرى أن التفاوت بين جوهر وعرض يجوز أيضا بالعدة كما اذا استأجر منعت داره ثلثا بدرهم معينة مع ان المماثلة المتعبرة في ضمان العدوان لا تصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استعجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المتعبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصي على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقر بان الاحسن في قوله تعالى ولا تقر بامال اليتيم الا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكرنا من جواز شراء الثياب بدرهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المسألة خذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسير هذه المسألة خذ أي العلل التي هي مناط الحكم

(وقد عرفت هذه المسألة خذ)
أي العلل التي هي مناط
الحكم أو ما ذكره ولا بقوله
لانها حصلت في ملك
الغاصب وثانيا بقوله انها
لا يتحقق غصبها واتلافها
وثالثا بقوله لانها لا تماثل
الاعيان الى آخره (في
المختلف) يعني في مختلف
أبي الليث وقوله (ولا نسلم
أنهم امتقومة) جواب عن
قوله النافع أموال متقومة
وتقريره أما لا نسلم أنها
متقومة في ذاتها لان التقوم
لا يسبق الوجود والاحراز
وذلك فيما لا يبقى غير متصور
بل يتقوم لضرورة دفع
الحاجة (عند دور العقد)
عليها بالتراضي ولا عتدي
المتنازع فيه (الآن) أي
لكن (ما ينقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه
بعض أجزاء العين) والله
أعلم

(قوله أو ما ذكره ولا بقوله
لانها حصلت الخ) أنقول
فيه بحث

نسلم ذلك لان صفة المالية للشيء انما تثبت بالنول والنول صيانة الشيء وادخله لوقت الحاجة لاعتناء الانتفاع
بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسهى تمولان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحه ولكن باعتبار صفة
التمول والادخال لوقت الحاجة فالنافع لا يبقى وقتين لانها اراض كما تخرج من حيز العلم الى الوجود تتلاشى
فلا يتصور فيها النول ولئن سلمنا ان لها حكم المال ليس لها صفة التقوم لان التقوم لا يسبق الوجود لان التقوم

* (فصل في غضب مالا يتقوم) *

أوما ذكره أولاً بقوله لأنهم أحصلت في ملك الغاصب وثانيًا بقوله أنهم لا يتحقق غضبها وتلافها وثالثًا بقوله لأنها لا تماثل الاعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أوما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الامرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولاً وثانيًا وثالثًا بقوله المزبورة لأمر آخر فكيف يعص العطف بكلمة أو وقال صاحب الغاية ههنا أولاً بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولاً بقوله أنهم أحصلت في ملك الغاصب وثانيًا أنهم لا يتحقق غضبها وتلافها وثالثًا أنهم لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول برده على ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانيًا وثالثًا به كما عرفت أنه تغافل عن قول هذا الشارح وأراد بالمآخذ هذا وأراد بهما ذلك والعطف يقتضي التمايز بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ أخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير بمعنى المآخذ ههنا بقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكان أنه قال وأراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا وذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهريه فيصع العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهما المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل عن إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم أقول بقي في هذا الباب بحث قوي وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جار ينعينها في تلك الصور أيضا (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المانع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن ذلك لعل بعنه ما يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المانع وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وإنه ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

* (فصل في غضب مالا يتقوم) * قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غضب ما يتقوم وهو الأصل لأن الغصب بجده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غضب مالا يتقوم باعتباره عرضية أن يصير متقوما أما باعتبار ديانة المصوب منه بانه يتقوم أو بتغيره في نفسه الى التقوم اه كلامه وقد اقتضى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان الميكن في هذا الفصل ضمان مالا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي مالا ضمان فيه كالألف خرم السلم وخزيره لا وجه لاعتباره عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعاً بل له نوع إباء عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح السكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غضب ما يتقوم اذ هو الأصل شرع في بيان غضب مالا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غضب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غضب مالا

انما يكون بعد الاحراز ألا ترى ان الصيد والحشيش غير متقوم قبل الاحراز وان كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيه لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت القياس لان الأرض أن ترقى إيجاب الاصول والفصول جميعا فالمال يجب بالشرط مقابلا بغير مال ويجوز بيع عبد قيمته ألف بالوفد من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم الا بوصفه يقع الفرق بين الأصل والفرع فهو باطل والله أعلم بالصواب

* (فصل في غضب مالا يتقوم) *

* (فصل في غضب مالا يتقوم) * لما فرغ من بيان ماهو الأصل وهو غضب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غضب مالا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما ما باعتبار ديانة المصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه الى التقوم

* (فصل في غضب مالا يتقوم) *

(قال وان ألتف المسلم خرا الذي أوختر به الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه ألتاف المسلم خرا المسلم وألتاف الذي خرا الذي وألتاف الذي خرا الذي ولا ضمان على الملتف في الاولين بالاجماع وأما في الآخريين فعليه الضمان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافاً له قال (سقا ٢٨٥) تقومها في حق المسلم بالخلاف فكذا في حق

الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد النعمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها (فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان) أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا لهم كالتلف لنا والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما عر به أهل النعمة من الخور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها أو امرأته العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

قال المصنف (واذا ألتف المسلم خرا الذي أوختر به ضامن) أقول في شرح الكافي لصدر الاسلام لو ألتف مسلم على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره

قال (واذا ألتف المسلم خرا الذي أوختر به ضامن في حقهما فان ألتفهما المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنهما الذي أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا ألتفهما الذي على ذي أو باعهما الذي من الذي أنه سقطا تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا لهم كالتلف لنا والخزير يراهم كالشاة لنا

يتقوم بالخزير والخزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا لهم كالتلف لنا والخزير يراهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم أتباع لنا في الاحكام وتسلم بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد النعمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام والثاني في مقابلة النص غير صحيح على ما عرفت في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كذا كرفي أثناء التعليل من قبلنا فبديل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعائهم (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيسمن المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضاً فيتحقق التعارض بين النصين فمن أين يثبت الرجحان والثاني انه قد عرفت في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالامان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضاً في حق المؤاخضة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيمن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخور والخزير برأبضاه ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أمان الاول بيان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما عر به أهل النعمة من الخور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها أو امرأته العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك

وفي شرحه المختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا ألتفهما ذهبي ذي) أقول والله أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لا تفعلوا) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بان نتركهم ومايديون والسيف موضوع فيمعتذر الالزام واذا بقي التعوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

الخنزير والى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا يحد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخنزير مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير في الخنزير في حقهم كالحمل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحية شرعا فكان كل واحد منهم مأمالا متقوما في حقهم ودليل اذباحية في حقهم أن كل واحد منهم مامتنفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الآن الحرمية في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحسل لا الحرمية وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة لان الصلوة لان الصلوة لا يوجد في الكفر والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانهم اسباب المنازعة سبب الهلاك وهذا واجب الحسل لا الحرمية فلا تثبت الحرمية في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمية ثابتة في حقهم كالحمل ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخنزير لم تكن مالا متقوما في الحال فهي معرض أن تصير مالا متقوما في الثاني بالتحلل والتحليل ووجوب ضمان الغصب والالتلاف يعتمد كون الحمل المصوب والمثلث مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال ألا يرى أن المهر والحش ومالا منفعته في الحال مضمون بالغصب والالتلاف والشأن ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير وحسب الماروي عن علي رضي الله عنه انه قال أمرنا أن نتركهم ومايديون ومثله لا يكذب وقد انوار شرب الخمر وأكل الخنزير فلو تنازلنا التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والالتلاف يفضي الى التعرض لان السفينة ما اذا علم انه اذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم الى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بان نتركهم ومايديون) أقول لقاتل أن يقول فلم لا نتركهم ومايديون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وكر كواب الخيل وحل السلاح فانهم ممنعون من فعل ما مرفى في كتاب السير والجواب أن أمثالهما مستثنى ممايديون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام الأمان أرى في فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه عن قريب قال صاحب النهاية أخذنا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم محذور النكاح ووجه النكاح توجب توريت المرأة من زوجها في جميع الاديان اذالم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم ومايديون وأجيب بان الانسليم أنهم يعتقدون التوريت بانسكحة المحارم فلا بد له من بيان اه واعتراض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض انما اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد المجيب أيضا أن عدم توريتنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريت بانسكحة المحارم نعم يعتقد المجوسى همة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد همة النكاح اعتقادا سحقيق الميراث ألا يرى أن الميراث يمنع بالرق واختلاف الدين مع همة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريت بانسكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نتركهم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقص بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم أقول بقي ههنا كلام آخر

وفي صدره يرضى بعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا دليل السياق والسباق في حق من لم يكن يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان قبل ولان حرمة العيين وفساد التعوم ثبتا بخطاب الشرع وقد أمرنا أن نتركهم ومايديون لمكان

بجلاف

(ونحن أمرنا بان نتركهم ومايديون) يعني لانجداهم على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحيث تعدد الالزام على ترك التدبير فبقي التعوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم محذور النكاح ووجه النكاح توجب توريت المرأة من زوجها في جميع الاديان اذالم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم ومايديون وأجيب بان الانسليم أنهم يعتقدون التوريت بانسكحة المحارم فلا بد من بيان

(قوله لانجداهم على الترك) الخ) أقول أي ترك مايديون (قوله وأجيب بان الانسليم أنهم يعتقدون التوريت) الخ) أقول فيه أن مراد الناقض انما اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها

وقوله (بخلاف المينة والدم) بجواب لقيس عليه الشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان أحد من أهل الأديان لا يدين قولها إلا أنه نجس
قيمة الجروان كانت مثلية) ونذكر كبر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو (٢٨٧) المذكور (لان المسلم ممنوع عن غلبته

لكونه اعزأزاله) بخلاف
أهل الذمة فانهم غير
ممنوعين عن غلبتها وغلبتها
فان حوت بينهما مباينة حاز
لهم التمسك والتكليف وان
استهلكها بعضهم لبعض
جاز تسليم مثلها وتسليمه
(قوله وهذا بخلاف الربا)
متعلق بقوله لان الذي غير
ممنوع عن غلبته الجركذا
قبل والاولى أن يتعلق بقوله
نحن أمرنا أن نتركهم وما
يدينون إلى آخره لان ساق
مابعد من العنافة حيث
(وقوله لانه مستثنى من
عقودهم) يعني بعد الجواز
لعله صلى الله عليه وسلم الا
من أربى فليس بيننا وبينه
عهد وذلك لانه فسق منهم
لان دين ثبوت حرمته إلى باقي
دينهم قال الله تعالى وأخذهم
الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف
العبد المرتد الذي) فان
المسلم اذا ثلغ لا يضمن شيئا
وان كان اعتقاد الذي ان
العبد المرتد مال متقوم وهو
أيضا في الحقيقة مقيس
عليه للشافعي رحمه الله ووجهه
الجواب (أنا ماضنا لهم
ترك التعرض) للعبد المرتد
لذي (لما فيه) أي في ترك
التعرض (من الاستخفاف
بالدين) بالترك والاعراض
هنا واستشكل هذا التعليل
بما اذا تلف على نصراني
صليبا فانه يضمن قيمته صليبا

بخلاف المينة والدم لان أحد من أهل الأديان لا يدين قولها إلا أنه نجس قيمة الجروان كان من ذوات الامثال
لان المسلم ممنوع عن غلبته لكونه اعزأزاله بخلاف ما اذا حرت المباينة بين المؤمنين لان الذي غير ممنوع عن
غلبته الجروا وتلكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد لكونه لا تاما ماضنا
لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف من ترك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان
ولاية الحاجة ثابتة

وهو ان للسائل أن يورد الحق حيث يذم مسلم مات عن زوجه كافر فانه لا تستحق شيئا من الميراث عندنا
لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجين من زوجه مقر في جميع الأديان اذ لم يوجد مانع والظاهر
أن الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله
وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن غلبته الجروا وتلكها كذا قاله جماعة من الشراح
وقال صاحب العنافة بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لا تساق
مابعد من العنافة حيث اه (أقول) تعلق بما ذكره صاحب العنافة بتغير ظاهر السداد لان كلمة هذا
مع كونها بما ياتي ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون لان
الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لان دين ثبوت حرمته إلى باقي دينهم بقوله تعالى
وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به قاطبة حتى صاحب العنافة نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا بخلافنا
لعله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كالا يخفى على ذي سعة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا
بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون بصير المعنى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم
وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة الخلاف بينهما كايضا وأما على
تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذي غير ممنوع عن غلبته الجروا وتلكها
اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أي عدم كون الذي ممنوع عن غلبته الجروا وتلكها ملتبس بخلاف
الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها
حيث قد وقال بعض الفضلاء بل الاول أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة إلى ما ذكر من الجروا والخزير اه
(أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العنافة لانه ان كانت الاشارة بهذا إلى الجروا والخزير برتا ويل ما ذكرنا
بصير المعنى وهذا أي ما ذكر من الجروا والخزير برتا ويل ما ذكرنا بخلاف الربا
بقوله فيضمنه معنى وان صير إلى التقدير بان يقال المراد بهذا بخلاف الربا باقي الضمان فيحصل نوع يتعلق بقوله
فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يصور في الاتلاف ومسئله الربا بما لا اساس له بذلك
نذكر انهم (قوله وبخلاف من ترك التسمية لمن يبيحه لان ولاية الحاجة ثابتة) قال في العنافة يعني لما أمرنا

عقد الذمة فقص الخطأ بحيث لم يعتقدوا رسالة المبالغ وانقطعت ولاية الازام بالسيف أو الحاجة لمكان عقد
الذمة فصار كان الخطأ غير نازل في حقهم في حق الحق على ما كان (قوله بخلاف المينة والدم) والمراد بالمينة
هي التي ماتت جنت أنفها حتى لو ماتت بالضرب أو بالخنق بضمنه المسلم عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف أحمد
رحمه الله (قوله بخلاف الربا) لانه مستثنى عن عقودهم فانه يتعرض لهم في ابطال عقودهم بالانعام ضمن لهم
ترك التعرض في ذلك مع قول رسول الله عليه السلام الامن أربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق
منهم في الاعتقاد لادبانه فقد ثبت بالنص حرمته إلى باقي اعتقادهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه
(قوله وبخلاف العبد المرتد لكونه لذي) فانه يقتل لانامنا مناهم ترك التعرض له أي للعبد المرتد لهم لما فيه
من الاستخفاف بالدين (قوله وبخلاف من ترك التسمية) أي عدا اذا كان لمن يبيحه وهو الشافعي رحمه الله ومن

وفي ترك التعرض الاستخفاف بالدين وأجيب بان ذلك كفر أصلي فانصراني مقر على ذلك بخلاف الانداد (وقوله بخلاف من ترك التسمية
قوله وقوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن غلبته الجركذا قبل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول بل الاول أن
يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة إلى ما ذكر من الجروا والخزير

بمعاق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحجة ذلك يجب أن نقول بوجوب الضمان على من ألتف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما دلوه ولما قائل أن يقول (٢٨٨) لا نسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على

تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أتركهم وما يدينون وكان ذلك له عند الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خرافلها الخ) من غصب من مسلم خرافلها أو جلد ميتة قد بعه فكل منهما على وجهين لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخاطئ أو بماله قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه اليه أو دبح بالقرط بفتحين وهو ورق السلم والغص ونحوهما فالأمر أن يكون الخلل والجلد باقيين أو لا فان كانا باقيين أخذ المالك الخلل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر إلى قيمة ذلك كما غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يجبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المستلتمين ما ذكره في الكتاب وهو غير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب

قال (فان غصب من مسلم خرافلها أو جلد ميتة قد بعه فاصحاب الخبر أن يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ الجلد الميتة ورد عليه ما زاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الأول إذا خرافلها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا بعه بماله قيمة كالقرط والغص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل يظهره بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه فلا تثبت له الميتة وبه الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة بطلها يأخذ الخلل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذلك كما غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يجبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال (وان استهلكها من الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال لا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحجة ذلك يجب أن نقول بوجوب الضمان على من ألتف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما دلوه ولما قائل أن يقول لا نسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن أمر الله هو قوله عليه الصلاة والسلام أتركهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين إلى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به فاض آخر على خلاف مذهبه اهـ (أقول) هذا سافط جداً وأما ولا فلان القاضي إنما ينفذ ما حكم به فاض آخر إذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما إذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلاً كما صرحوا بذلك كدفع كتاب القضاء ومثلوا ما يخالف الكتاب بالحكم بحل متروك التسمية عامداً فإنه يخالف أقوله تعالى ولا تأكلوا مما يذكركم الله عليه والسكلام ههنا في متروك التسمية عامداً فكيف يتصور فيه التنفيع ذو أمثاله فلان حاصل الجواب المذكور أن علمه الأمر بالنترك في قوله عليه الصلاة والسلام أتركهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق

تابعه يعني لو ألتف متروك التسمية عامداً على قول لشافعي رحمه الله لا يضمن فان ولاية الألام بالحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عسداً حرام ليس بمالك فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان (قوله والفرق أن هذا التخليل يظهره بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه وهو هذا لأن نجاسة الخمر قابلة للزوال لانه باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم به شيء من ملكه فصار التخليل كغسل الثوب النجس ومن غصب ثوباً بنجسوا طهره لا يزول الثوب عن مالك المالك به كذا هنا وبه الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب أي بالدباغ بماله قيمة (قوله وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذلك كما غير مدبوغ) لانه لا يكون لجلد الميتة قيمة فيقوم ذلك كماله قال القسودوي إنما يكون لصاحب الجلد إذا أخذ الدباغ الجلد من منزله فاما إذا أتى صاحبه في الطريق فاحذر رجل جلد هاد بغيره فليس للمالك أن يأخذ الجلد وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أن يأخذ في هذه الصورة أيضاً كذا في الذميرة

ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال لا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه ولو

(قوله ولما قائل أن يقول لا نسلم أن ولاية الحاجة ثابتة الخ) أقول الأولى استحلال متروك التسمية بخلاف النص الكتاب والحكم مرئى به فيثبت ولاية الحاجة (قوله والجواب إلى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به فاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخلل فلانه لما بقي على ملك المالك وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخلل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبراً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك الحاجة لدلالة ولا قياساً ولا يفتي أن هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدر في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كالمأخوذ معلوم وجهه في قوله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلاً عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكرنا نعلم من مسئلة الاستهلاك لاجماع الامة الذي هو من الأدلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج البراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لم يخلت الخيرة بنفسها وهذا مكت في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخلت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبر على قول لا يلزم رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة ثم لا يمتنع في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه سمع من مالكا من معاصري أبي حنيفة وللشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعاً ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو ما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضاً لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على التردد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها السائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخلل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انتفاءه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك رشداً اليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله) كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط جداً لانه لم يأت في نفس الغصب في هذه الصورة بوجوب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد الدين على الماعرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكيف نفس الغصب سبباً للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضاً سبباً له ومقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سبباً للضمان المتعدي ما استهلكه وأعطاه المالك ما زاده الصبغة وهذا المعنى متعين

(قوله) أما الخلل فلانه لما بقي على ملك المالك وهو مال متقوم لان العيص كان مالا متقوم له فاذا صار خراباً غير متقوم ولو كونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه ولهذا لو غصب خراباً لم يضمنه لان ملكه لم يمتددها فاعلم أن الملك لا يقتصر الى التقوم فاذا زالت صفة النجاسة عاد متقوماً كما كانت لأن التقوم يثبت لان

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبينة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (قوله) أما الخلل (الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القنوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدفعه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً اذا كان باقياً على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه) كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقر به أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فون الرد خلفه قيمته كفى المستعار بضمن بالاستهلاك لا الهلاك وهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا نفويت منه هناك قال الامام نقر الاسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه (٢٩٠) محمول على اختلاف الجنس يعني أن الغاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدينار فضمن

الغاصب القيمة وياخذ ما زاد الدباغ أما اذا قوماهما بالدراهم أو بالدينار فيطرح عنه ذلك القدر و يؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولا يحنف رجه الله لانسلم أن الجلد مال منقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعتة متقومة لاستعماله ما لا منقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لا يلزم مخالفة التبعية أصلا كما إذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرد الخ) جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقر به أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن

ولانه واجب الرد فاذا فونته عليه خلقه قيمته كفى المستعار و هذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده في طرح عنه ذلك القدر و يؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه أنه أن يحبس حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد يتبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان تابعا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد

المقيس والمقيس عليه غاية الامر أن في جانب المقيس عليه سيما آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنسية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقدره ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مال المتقوما كفى الثوب الا أن هذا السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وهما السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه أن يضمن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه موافقي أثره الشارح العيني (أقول) فيه نظر اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وضاحب العناية أيضا في تعاميل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما تعبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ وانما يصير متقوما باله باغ وكلامنا فيها اذا غصب جلد الميتة فدفعه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بل لا ريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المختلة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالا جاع كما مر وليس فيها صنعة منقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبريا دون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المختلة بنفسها في يد الاخذ جبريا مع أنه خلاف ما

(قوله وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس) بان قضى لاحدهما بالدراهم ولا تسحر بالدينار اذ الغاضي يقضى بما يشترى به في الاسواق ويباع (قوله فاراد المالك أن يتركه على الغاصب

متقوما واخصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة وكذا ما يتبعها واردي عدم الملك والجلد لا فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا أو أقمع الذكي استظهار ان التقوم فيهما أي في الذكي والثوب كان تابعا قبل الدفع والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم لوجب الضمان (ولو كان) الجلد (قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشئ منقوما (ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك) بخلاف لان الجلد

لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه

عليه الاجماع ثم أقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنع ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنع هو التشبيه والتظهير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورةين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا يضاف صورة هلاك المدبوع في يده من غير صنعه لامن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قواهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيناه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء السبب فيلزم أن لا يصح قوله ما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك نامل نقف (قوله ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمة قبل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قبل ليس له ذلك أي مطلقا بخلاف ويقضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاقي بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندى فانه لا ينشئ على أصل الاماين اقدم من أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم في ضمنه مدبوعا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما سر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمة بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بل بخلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما سر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب اتمال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بآراء الدباغ في الجلد نامل (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز لغاصب عن رده فصار كاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اه (أقول) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك لما كان لا من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يملك فذلك كان السبب الاصل للعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا ترى أنه لو دبت على ماله قيمة وكان هو المالك بلا شيء كما يجب لم يكن للمالك تركه عليه وتضمنه القيمة عند أحد أصلا

في هذا الوجه) أي فيما اذا دبت عليه بماله قيمة (قوله بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة) أي للثوب قيمة (قوله لانه اذا تركه عليه وضمنه) أي لم يأخذه بردي قيمة الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذي عجز

لا قيمة له بخلاف صبغ
الثوب لان له قيمة وقيل
ليس له ذلك عند أبي حنيفة
رحم الله وعندهما له ذلك
وقوله (لانه اذا تركه) دليل
أن في المسئلة خلافا لدليل
المخالفين ووجه ذلك أنه
اذا ترك الجلد على الغاصب
وضمنه عجز الغاصب عن رده
فصار كاستهلاك وهو أي
الاستهلاك على هذا
الخلاف على ما بيناه آنفا
وفيه نظر لان العجز في
الاستهلاك لا من جهة
الغاصب وفيما تركه وضمنه
القيمة من جهة المالك ولا
يلزم من جواز التضمين في
صورة تعدى فيها الغاصب
جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قوله ما قبل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقبل قيمة جلد ذي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وتخلل بغير خلط شيء أما اذا دبغ بماله الاقيمة كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسيل الثوب وهو لا يزال ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قوله هم جميعا لانه صار مالا على مالك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك (٢٩٢) فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقبل ضمن قيمته مدبوغ وقبل

ظاهر اغبر مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا اخل الخمر بالقاء المخل فيه قال المشايخ هم الله صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد المخل فيه كافي دباغ الجلد وقوله (قالوا) يشير إلى أن ثمة قول آخر وهو ما قبل ان هذا الاول سواء لان المخل صار مستهلكا فيه فلا يعتبر باقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير إليها قوله (فهو على ما قبل وقيل) بتكرير قبل إشارة إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك إلى أن قال قبل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك أي أصل مجرده الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا ان خلط الشيء بجذبه ليس باستهلاك عندهما وحيتئذ كان الخل

عليه وضمنه بمنزلة الغاصب عن رده فصار كاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قبل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقبل يضمه قيمة جلد ذي غير مدبوغ ولو دبغ بماله الاقيمة كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء لانه بمنزلة غسيل الثوب ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغ وقبل ظاهر اغبر مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه وجه الاول وعليه الا كثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرده عن اذا صار الأصل مضمونا عليه فكذلك صفة خلط الخمر بالقاء المخل فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد المخل فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن المخل من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قبل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه الا يضمها عند أبي حنيفة فلا قالهما كافي دبغ الجلد ولو خلطها بالقاء المخل فيها فنحن نجد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا لا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا فليأخذه هو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه أ تلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أ تلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد آفقتناها في كفاية المنتهى

(قوله ثم قبل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقبل يضمه قيمة جلد ذي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمن على قولهم اتفاق بعضهم يضمه قيمة جلد ذي غير مدبوغ الغاصب عن رده فصار كاستهلاك (قوله ثم قبل يضمه قيمة جلد مدبوغ) أي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغ بشيء له قيمة وفيه التضمن عندهما (قوله كافي الاستهلاك) يعني مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن (قوله قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء له عليه) لانه استهلاك (قوله فهو على ما قبل وقيل) أي على القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك وقيل ليس له في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ولو خلطها بالقاء المخل فيه فنحن نجد رحمه الله ان صارت خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك لان الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك إلى عين حقه بواسطة ذلك الفعل لان اعدام الذات ليس في قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعته لانها باللقاء لم تصر مستهلكة لبقائه اعلى حالها (قوله وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول) أي فيما اذا صار خلا من ساعته لما بينا أي أنه يصير ملكا للغاصب (قوله في الوجوه كلها) أي فيما اذا صار خلا بالقاء المخل أو بالقاء الخل من ساعته أو بعد زمان (قوله وقد كثرت فيه أقوال المشايخ) بعضهم قالوا الخلو هو ههنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك

قال

مشترا كإيهما فاذا أ تلف فقد أ تلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خسل المغصوب منه وقوله (هو

للاغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعه أنه أن بعضهم جازوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروا على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بالمخل والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذ المالك) أقول قال صاحب التسهيل بشكل هذا إجماع من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال أصله ومعظم

قال (ومن كسر لمسلم برطا

أو طبلا) قال في الجامع

الصغير ومن كسر لمسلم برطا

وهو آلة من آلات الطرب

والطبل والمزمار والدف

معروفة وقوله (أهراقه

سكرًا) أي صبه يقال فيه

هراق يهريق يهريق يهريق

الهاء وأهراق يهريق

بسكونها والهاء في الأول

بدل عن الهمزة وفي الثاني

زائدة وكلامه إلى آخره

فأهمل لا يحتاج إلى شرح

والله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب

ذلك الإنسان مال غيره بلا

رضاه في كل منهما والحق

تقديمها عليه لكونه

مشروعة دونه

منافع بملكه فتعين

الضمان والحل كذلك

لزال اسم الحزب ومعلم

ما يقصده من الأغراض

بغله وهو إلقاء الخلع ونحوه

فينبغي أن يأخذوه ويكن

أن يقال كله تخطئ نفسه

لان في طبيعته أن يغفل

بنفسه والمخ أمره

لا يستتبع بخلاف الخلق

انتهى ويمكن أن يتعلق

ببقاء صورته وعدم زوال

منافعه فان منافعه الغير

المشروعة كالمنافع قال

المصنف (لان المسلم

ممنوع عن تلك عينه)

أقول لعل المراد بالنفع هو

الكره والله أعلم

(كتاب الشفعة)

قال (ومن كسر لمسلم برطا أو طبلا أو مزمار أو دف أو أراق له سكرًا أو منصفًا فهو ضامن ويباع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها أو قيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهواً وما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الغتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للتي من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخ وهو الباذق عن أبي حنيفة وايتان في التضمين والبيع لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل أمرًا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل باذن الامام ولا يضمنه أن أموال لصلاحيتها لا يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لم لا يحل فصار كلامه المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا وجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد إلى الامراء بقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهواً كافي الجارية المغنية والسكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور وكذلك اذ في السكر والمنصف تجب قيمته ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما إذا أكل على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقرر على ذلك قال (ومن غضب أم ولدًا ومديره فاستفتى في ذم من قيمته المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال لا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

(كتاب الشفعة)

ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كفي صور الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المصنف فيما مر في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر إلى قيمته كذا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغ غافضين ما بينهما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينه انما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى أعلم وأحكم

(كتاب الشفعة)

وجه مناسبة الشفعة بالغصب ذلك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة بكترة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على الخط المتقدم كما مر بيانها قدما فذكر كتاب الشفعة إلى هنا فلا حاجة إلى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ فلا

بالاستهلاك اذا ضمنه بالخلاط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخطأ بمثله من ملك نفسه فاذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع وجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركا كالمكيل اذا اختلط بنفسه بمكيل آخر غيره (قوله وهو بامر الشرع) قال عليه السلام بعثت لكسر الزامير وقتل الخنازير وقال اذا رأى أحدكم منكرا فليستكر بيده وان لم يستطع فليسهه وان لم يستطع فليقلبه (قوله يكلو فاعل باذن الامام) يعني لو فعل بامر نائب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر الشرع أولى وعن شريح رحمه الله أن رجلا اختصم اليه في طنبوق فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده وقال أبو يوسف رحمه لو كنت أنا فأن كنت خصومتها وهو في أيديهما وفي يد أحدهما كسرتة وعزرتها وان كسره أحدهما والاخر يطلب الغنم ان ضربت الذي كسره جبرا وأوجبت الآخرة وبالله أعلم بالصواب

(كتاب الشفعة)

هي الشفعة بما قام على المنسئرى بالشركة أو الجوار وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بما فيها

لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والشركات والازاعات أو يجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفعة بملك المشتري وشروطها كون المبيع عقاراً وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت به المافيه من ضم المشترة الى عقار الشفع وفي (٢٩٤) الشريعة عبارة عن تلك المرفعات التي يتصل بعقار من العقار على المشتري بمركبة أو جوار

قال (الشفعة واجبة للغليظ الخ) الشفعة واجبة أي ثابتة للغليظ في نفس المبيع أي للمشتري ثم الغليظ في حقه كالشرب والطريق ثم الجار يعني الملاصق قال المصنف رحمه الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة الخ) أقول لكن ما ذكر في بيان وجه تأخير الغصب عن الماذون يعني من بيان سبب تقديم الغصب على الشفعة ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم (قوله من الاستحقاق في البياعات والشريعة الخ) أقول فيه بحث لأن يقال كل من قبل التملك (قوله) أوجب تقديمها أقول الظاهر تقديمها قال المصنف (الشفعة مشتقة من الشفع) أقول يقال شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعاً به (قوله وفي الشريعة عبارة) أقول قال الاتفاق الشفعة عبارة عن حق التملك في

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت به المافيه من ضم المشترة الى عقار الشفع قال (الشفعة واجبة للغليظ في نفس المبيع ثم الغليظ في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار) أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

وجه لقوله والحق تقدمها عليه الخ عنده لاحظة ثلاث الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اه (أقول) ليس هذا بسديد إذا غصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حيث تنبذ الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب فصلاً ومشر وحواً انما يتأتى عوم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشاذبي كما مر أيضاً ثم ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وأمامنا الثاني اذ لو كننا بمجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضاً تملك العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضاً عنده على ما صرحوا به وسأيت في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى لا عذبة عذاباً سديداً أي لا لزوم منه بحجة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت به المافيه من ضم المشترة الى ملك الشفع وعنه شفاعت رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم الى الطاهرين وفي الشريعة هي تلك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه كذا في عامة لشرع والمثون والآنة وقع في بعضها تملك العقار بدل تلك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشرطة أو جوار وتلك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الشكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عندهم وسيجيء في الكتاب من أن الشفعة يجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالشهاد وتلك بالاحذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها كما كان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لم أن لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالشهادة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والشهادة لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك أيضاً فلي تقدر أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالشهادة أيضاً قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء والرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكماً للشفعة أما الاول فلانه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تلك البقعة المشفوعة وعند حصول تلك البقعة الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبق مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لان يكون حكماً للشفعة على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا أن

من ضم المشترة الى عقار الشفع

اما

العقار لدفع ضرر الجوار انتهى واعلمه أولى مما ذكره غيره من أنها تملك عقار (قوله على المشتري بشرطة أو جوار) أقول له لم يذكر قيد جبراً اكتفاء عنه بكلمة على فأنه يدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة إشارة اليه وافتقار حق الشفعة ببيان قال المصنف (أفاد هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر وفي الاصل يتناول الكثير أيضاً (قوله للمشتري) أقول اللام للاستحقاق كما في أمثاله

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار
أحق بالدار والأرض

والدليل على الأول ما روى
عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الشفعة لشريك
لم يقاسم (أي تثبت الشفعة
لشريك إذا كانت الدار
مشتركة فباع أحد
الشريكين نصيبه قبل القسمة
أما إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار
فحينئذ لا شفعة) وقوله صلى
الله عليه وسلم جار الدار أحق
بالدار والأرض

قال المصنف (فلقوله عليه
الصلاة والسلام الشفعة
لشريك لم يقاسم) أقول
قوله لم يقاسم لرفع احتمال
الجار إذا لا شركة بعد القسمة
(قوله تثبت الشفعة) أقول
تكرر بالندكير (قوله أما
إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار)
أقول هذا قول بمفهوم
الصفة ونحن لا نقول به
الا أن يقال التخصيص
بدلالة اللام الاختصاصية
(قوله فحينئذ لا شفعة)
أقول ليسهني إلا أن يقال
المراد لا شفعة للطلعة

ثبوت المال هو عين المال في المعنى وحكم الشيء ما يغاير به ويرتب عليه فلم يصلح ثبوت المال إلا بضالان يكون حكما
للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالأظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب
غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار يدفع ضرر الجوار اه فانه إذا كانت حقيقة
الشفعة في الشرع يعتمر بحق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذاقيره ويظهر ذلك
بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم إن سبب الشفعة عند
عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر المدخل عن الأصل وهو ضرر
سوء المعاملة والمعاشره وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالبيع وكان الخصاف رحمه الله
تعالى يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالعالم فهو إشارة منه إلى أن كل ما سبب على التعاقد وأنه غير
صحيح لأن الشفعة ذابحت بالبيع لا يتصور وجوبها بنا نأيا بالطلب وذلك كشرع الإسلام رحمه الله أن الشركة
مع البيع علة لوجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بما قاله لا يجوز أن يقال بان الشراء شرط
والشركة علة وسبب فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب
وجوب الشفعة الشركة وتوحداهم التسليم قبل البيع لانه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن
البراءة عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن
الشر كنه حدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشر كنه عند البيع أو بالشر كنه والبيع
ونا كدها بالطلب وثبوت المال في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية
معز إلى المبسوط والذخيرة والتفتة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب
بالبيع ثم تجب بالطلب أن تجب بالبيع ثم بنا كنه وجوبه ويستقر بالطلب فيقول إلى ما ذكره غيره من
القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط
المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر
هذا في كلام البلغاء أكثر من أن تحصى والمجرب أن عامة نقات المشايخ جعلوا كلام ذلك الهمام الذي يد
ماول في القصة على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف التمام
(قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لانه ثل أن يقول هذا الحديث
وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة لشريك إلا أنه ينفي بعض الآخر وهو ثبوت غير الشريك
أيضا كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعرف المسند إليه بلام الجنس
يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقر في علم الأدب ومثل بقوله عليه الصلاة والسلام لا تمنعوا قرى
سبما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريضا في أفادة القصر كما في الحديث على ما قالوا
فانتفى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتأمل في الجواب قال صاحب العناية بعد
ذكر الحديث المزبور أي تثبت الشفعة لشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل
القسمة أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة اه
واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن
لا نقول به الا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اه (أقول) كل من اعترضه فوجهه ساقط
أما الأول فلأن قول صاحب العناية وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى
يقبه عليه أن يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد فيما
لواقع وأما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مسدرة التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث
المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون جهة علينا

ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهما واحدا وقوله ينتظره وان كان غائبا يعني يكون على شغته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبه في ابطال حق تقرر سببه قبل معناه أحق به عرضا عليه البيوع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا (٢٩٦) وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق قبل البيوع وبعده وقوله

ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ما سبقه قال شغته وروى الجار أحق بشغته وقال الشافعي لاشغته بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشغعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شغعة

لانا (قوله) واقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظره وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شغته وان غاب اذ لا تأثير للغيبه في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة وبقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شغته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبه في ابطال حق تقرر سببه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظرهما اذا كان غائبا ثم قال في الاسرافات قيسل المراد به أحق بم عرضا عليه البيوع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بم قبل البيوع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما مثله كلمة أحق ولان ما روى عن عمر بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشغته فهذا يعطى ذلك التاويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذ لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة حيث لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان تكون شرطية يؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذ لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الأكثر وقوعا في الشرع فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظره وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شغته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شغته حال غيبته فلا يكون على شغته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصل وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظره الى أن يجي ويغفر من شغته تحققت الاولوية أيضا فبما اذ لم يكن غائبا لا به اذا وجب الانتظار له الى أن يجي ويغفر من شغته مع بعد زمان الانتظار فلا ينبغي الانتظار له الى فراغ من شغته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله) وقال الشافعي لاشغته بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشغعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شغعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه

(قوله) ينتظره ان كان غائبا فان قيسل المراد به أحق بم عرضا عليه البيوع ألا ترى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الاطلاق فيكون أحق بم قبل البيوع وبعده وقوله ينتظره نفسه بل انتظمه كلمة أحق (قوله) اذا كان طريقهما واحدا المراد به جار هو شريك في الطريق وثبت الحكم في الشرب بدلالة لان الشغعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلط وقد وجدت في الشرب وقال الشافعي رحمه الله لاشغته بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشغعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شغعة وهذا يقتضي ان جنس الشغعة فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل عليه انه قال في رواية انما الشغعة فيما لم يقسم وانما تقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه (قوله) وصرفت الطرق أي جعل لكل قسم طريق على حدة

ينتظر تفسير بعض ما مثله كلمة أحق وهو كونه على شغته مدة الغيبه وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ما سبقه قال شغته وفي رواية الجار أحق بشغته والحديث الاول يدل على ثبوت الشغعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لاشغته بالجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشغعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شغعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاتم من قرش فتخصر الشغعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمه وأما اذا لم يكن فلا شغعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شغعة فيسوفيه دلالة طاهرة على عدم الشغعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شغعة فيه

(قوله) ألا يرى أنه فسر الاحق بالانتظار (أقول

يشير الى أن قوله ينتظره جله تفسيرية (قوله) وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذ لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (و يروى الجار أحق بشغته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل اذ لا حق في الشغعة لادون الجار (قوله) وانه قال فاذا وقعت الحدود (الخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس (الخ) (قوله) والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيسل كيف يكون جق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك

ولان

ولان حق الشفعة معدول به عن سبب القياس لما فيه من ثبات المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا

الصلاة والسلام الاثمة من قرئش فتتصهر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا امراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فينبغي ان يتخلل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك نقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا أي من جهة نفس الملك كدليل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كدليل عليه قوله وصرفت الطرق والاول في تقرير المقام أن يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة تصرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية وينافي مع الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكروا الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس اخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يتحمل القسمة كالبيت والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه بذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشرح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجوار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت تفسير هؤلاء الشراح عن تفسيره هذا هنا وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجوار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كل ما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار

(قوله لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل) أي في فصل الشركة دون الفرع وهو الجوار (قوله ولنا ما روينا) أراد به قوله عليه السلام الجار أحق بسبقه وفيما روينا ان للشريك شفعة وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه وانما قد يقتضي تأكيد المذکور لان في غير المذکور قال الله تعالى انما أنت مذكر وآخر الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد به نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عما عدا روينا ومعناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرفت الطرق فكان الموضوع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة وربما يشكك انه هل يستحق بها الشفعة فيبين رسول الله عليه السلام انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر منه ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك فان الشفعة حق الملك فيستحق به دفع ضرر يلحقه بسبب اتصال الملك

قوله (ولان حق الشفعة)

دليل له معقول وتقريره أن

حق الشفعة معدول به عن

سبب القياس لما فيه من ثبات

المال على الغير بالرضاء

فكان الواجب أن لا يثبت

حق الشفعة أصلا

لكن ورد الشرع به فيما لم

يقسم فلا يلحق به غيره قياسا

أصلا ولا دلالة اذ لم يكن في

معناه من كل وجه (وهذا)

أي الجار يعني شفعة الجار

ليس في معنى ما ورد به الشرع

لان ثبوتها فيه بالضرورة

دفع مؤنة القسمة التي تلزمه

وقوله (في الاصل) أي فيما

لم يقسم ولا مؤنة عليه في

الفرع وهو المقسوم ويغفهم

من جملة كلامه أن نزاعه

ليس في الجار وحده بل فيه

وفي الشريك في حق المبيع

لانه مقسوم أيضا وفيما لم يتحمل

القسمة كالبئر والحمام

(ولنا ما روينا) من الاحاديث

من قوله عليه الصلاة

والسلام جار الدار أحق

بالدار رواه الترمذي وقال

حديث حسن صحيح وقوله

عليه الصلاة والسلام الجار

أحق بسبقه رواه البخاري

وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني

شفعة الجار الخ) أقول الاولى

أن يقال أي محل النزاع

(ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصالاً ثابتاً وقراراً) وهو ظاهر لأنه المفروض وقوله تأييداً احترازاً عن المنقول والسكبي بالعارية بقوله وقرار احترازاً عن المشتري شراء (٢٩٨) فاسداً فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند

لأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً ثابتاً وقراراً فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال واعتباراً بمورد الشرع وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً في دفع ضرر الجوار أذهوم مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الأصل أولى لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى

فرع لما لم يقسم لأن الذي في حكم ما لم يقسم إنما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا إما لاستترة به فعمامة الشراح خروجاً في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسيره هذا حيث قال فيه أي الجار لأنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضاً الذي يقل أحد أيضاً بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم إلا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضاً فيصير المعنى ليس في معنى شفته أي شفته ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه يعمل بعد تحمل بلا ضرر ودية داعية إلى شيء منها فالحق ما قلته (قوله) ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً ثابتاً وقراراً قال تاج الشريعة ذكر التأييد احترازاً عن المنقول والسكبي بالعارية بقوله ذكر القرار احترازاً عن المشتري شراء فاسداً فإنه لا قرار له إذا النقض واجب دفعا للفساد اهـ واقتضى أثره صاحب العناية وتورد بعض الفضلاء قوله والسكبي بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحتزر عنه اهـ (أقول) أن لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لأن الاعارة تملك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لأن ملكه متصل بملك الدخيل متنا ولا لدار المسكونة بالعارية أيضاً فحصل بقوله اتصالاً ثابتاً وقراراً عن مثل ذلك (قوله) فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احترازاً عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اهـ وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اهـ وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لأن المستأجر وإن كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الاجارة تملك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك يكفي المستعير على ما مر آتفاً الآن كلاً منهما قد خرجاً بقوله اتصالاً ثابتاً وقراراً في معنى الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لأن من حيث الرقبة ولأن من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعاً مع قطع النفاذ عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلاً والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموهوبة والمجعولة والموصى بها والمجعولة مهراً فإن في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لا شفعة فيه لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها (قوله) لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباته بل قد يكون مالاً بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الأصلية المقررة أقوى فيع ما كان ملكاً له بالشراء أو الهبة لأنه عبر عن أصالة خطته وتقررهاباضافتها إلى آباته مما يغني عن بيان أسالتها وتقررهابا بناء (قوله) اتصالاً ثابتاً احترازاً عن المنقول والسكبي بالعارية وذكر القرار احترازاً عن المشتري شراء فاسداً فإنه لا قرار له إذا الواجب النقض دفعا للفساد (قوله) عند وجود المعاوضة بالمال احترازاً عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة مهرا (قوله) على هذه الصفة أي اتصالاً ثابتاً وقراراً (قوله) أذهوم مادة المضار من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإعلاء الجدار لئلا يطلع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الأصل يعني الشفيع (أولاً) لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى فيلحق به دلالة وحاصله أن الأصل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع

وجود المعاوضة بالمال وهو لا احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتباراً أي الحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعني اتصالاً ثابتاً والقرار (إنما) انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذا الجوار مادة المضار من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وإعلاء الجدار لئلا يطلع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الأصل يعني الشفيع (أولاً) لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى فيلحق به دلالة وحاصله أن الأصل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع

(قوله) وقوله تأييداً احترازاً عن المنقول (أقول) ليس للمستعير ملك حتى يحتزر عنه ثم قوله السكبي أراد به المسكونة بها (قوله) وهو احتراز عن الاجارة (أقول) فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن ملك في رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييداً لأن يقال المراد الدار

المجعولة أجرة ثم أقول واحتزر من هذا القيد أيضاً عن المورد وثمة الموهوبة والموصى بها قال المصنف (لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فإن الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباته بل قد يكون مالاً بالشراء أو الهبة (قوله) والحاصل أن الأصل دافع والدخيل رافع (أقول) فيه أن الأصل دافع للمالك المشتري وهو دافع

(قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقات الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طال به المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرره فكسبه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرر الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو (٢٩٩) التملك على المشتري من غير رضاه ولم

يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حين التعارض وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالكسرو هو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الا لزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكك أنه هل يستفاد بها الشفعة أولا بين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شيء مما يتوهم وروده (قوله لتحقيق ضرر غيره وهو لملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن

وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فان خصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون الفرع يعني أن التعديل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره مشروع وهو تلك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حين التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدله الخصم في حين التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كيعرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعا كما لا يثبت مدعا وذلك يتجمل بمطالو بناه هنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان في رويناه أو ببيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الآن يقال يكفيننا دليلنا لعقلي عند تحقق حكم التعارض بين الأحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بان قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالكسرو هو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أمافي الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالكسرو حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشيء بالكسرو لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في السقف للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم ككافي قوله عليه الصلاة والسلام الاثمن قر يش وقد صرحوا به في أثناء تقرير روجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الاف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلدان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلان حصول الا لزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا أنه له شرائط عده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كافي قوله تعالى وربنا بكم الذي في مجوركم على ما عرف في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تجب الشفعة ولئن سلم حصول الا لزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال انه مشترك الا لزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما يانا أيضا ولو كالمزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير به مشترك الا لزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز

(قوله وضرر القسمة مشروع) جراب عن قول الشافعي رحمه الله لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل يعني ان ضرر

نفسه هو أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضي الى قوله تجب الشفعة) أقول لا اعتبار بالمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لا اعتبارا بشرائط واجبة اعلم انهم منعوا هذا لعل ذكر صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل (قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول أي في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك
في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه
في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شرك في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر
القسمه ان لم يصلح علة صلح مرجحاً قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفيع مع الخليط في
الرقبة) اما ذكرنا أم مقدم

أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفيع للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة
على ثبوت الشفيع للجار وان ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد في الشفيع الثابتة بسبب الشركة في المبيع
رويناها أي جمعاً بين ذلك الحديث وبين ما رويناها أو معناها فلا شفيع بسبب القسمه الخاصه بتوقع الحدود
وصرف الطريق وانما قال هذا لان القسمه كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفيع
بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفيع بهما ازاله لذلك وهم أو رد عليه ما من قبل الشافعي
أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفيع فيما لم يقسم وانما الثابت المذكور في ما عداه وأجيب
عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقضي تاكيد المذكر لاني غير المذكر قال الله تعالى
انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تعني للاشياء بطريق السكال كما يقال انما العالم في البلد
زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به في العلم عن غيره وهوها كذلك فان الشريك الذي لم يقسم
هو الشريك في البقعة وهو = امل في سبب استحقاق الشفيع حتى لا يزاحم غيره فكان يجوز لاني اثبات
المذكر بطريق السكال دون نفي غيره اه وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفيع عن
المقسوم لان كلمة انما لا تقضي نفي غير المذكر كور كور قال الله تعالى انما أنا بشركم وهذا لا ينفي أن يكون غيره
صلى الله عليه وسلم بشركم مثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤخر
المقصود عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشركم مدلول أنا والمقصود
عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالماذكور في قولهم انما لا ينفي المذكر كور في غير المذكر كور هو المقصود عليه
اذ اثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القهر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة
والسلام بشركم مثلهم لا يدل على أن لا تقضي كلمة انما في غير المذكر كور والذي هو المقصود عليه لان المقصود
عليه في قوله تعالى انما أنا بشركم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في
الآية المذكور لا قصر المستداليه على المستدود العكس لاحتجالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه
الصلاة والسلام بشركم مثلهم ينتهي على أن يكون المراد هو العكس فليس يصح قطعاً (قوله) وأما الترتيب
فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس
المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية
الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه
واقفي أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما مأخوذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر
لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير
الخليط اذ لا معنى لكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة
والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت ضريبة الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر
وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا يخبر عليه (قوله) قال وليس للشريك في الطريق
والشرب والجار شفيع مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال
قبيله الشفيع واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما
القسمه ضرر مستحق عليه شرعاً وما وجب شرعاً وما وجب شرعاً عليه لا يصلح علة لتحقيق ضرر المشتري بمثل ما له غير

(والدليل على الثاني) أعني
على الترتيب (قوله) صلى الله
عليه وسلم الشريك أحق
من الخليط والخليط أحق
من الشفيع (قال المصنف
رحمته) فالشريك في نفس
المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار
ودلالته على الترتيب غير خافية
وهو حجة على الشافعي رحمه
الله (ولان الاتصال) دليل
دق على الترتيب وهو ظاهر
وكذا قوله (ولان ضرر القسمه)
يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر
مسئولة القسمه لم يصلح علة
للاستحقاق لكنه ان لم يصلح
علة الاستحقاق صلح مرجحاً
لان الترجيح أبدأ انما يقع بما
لا يكون علة للاستحقاق قال
(وليس للشريك في الطريق
والشرب والجار) اذ اثبت الترتيب
ثبت أن المتأخر ليس له حق
الا اذا سلم المتقدم في ظاهر
الرواية

فان سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الآن للشرىك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب
الشفعة مع الشريكة اذا علم بالبيع يمكنه الاخذ اذا سلم الشريكة فان لم يطلب حتى سلم الشريكة فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير
ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجباً فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريكة في المبيع قد يكون في بعض منها كافي منزل معين من الدار
مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شرك فالشفعة للشريكة دون الجار (٣٠١) وكذا هو مقدم على الجار في بقية

الدار في أصح الروايتين عن
أبي يوسف رحمه الله لان
اتصاله أقوى لان المنزل من
حقوق الدار ومراقبته لهذا
يدخل في بيع الدار متى ذكر
مع كل حق هولاء والبقعة
واحدة أراد الموضع الذي
هو مشترك بين البائع
والشفيعة وذلك في حكم شئ
واحد فاذا صار أحق بالبيع
كان أحق بالجميع والرواية
الآخرى أنه والجار سواء في
بقية الدار ثم لا بد أن يكون
الطريق والشرب خاصاً
حتى يستحق به الشفعة
وغير الخاص بما اختاره

من بين التفسيرات المذكورة
له والقراح من الأرض كل
قطعة على حبالها ليس
فيها شجر ولا شاة شجر

قال المصنف (ووجه الظاهر
أن السبب قد تقرر في حق
الكل الخ) أقول والفرق
بين الميراث وما نحن فيه
حيث لا يرث الاخوان مثلاً
إذا أسقط الاخوان حقهم
مع تقرر السبب في حق
الكل وهو الاخوة أن
الميراث ملك اضطراري
لا يسقط باسقاط العبد
بخلاف حال الشفعة بالجملة

قال (فان سلم فالشفعة للشريكة في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بيننا من الترتيب والمراد بهما الجار
الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريكة في
الرقبة لاشفعة لغيره سلم وأستوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الآن
للشريكة حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين الرض والشريكة في المبيع قد يكون في
بعض منها كافي منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار

أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضاً كما مر به صاحب الهداية كيف لا
وكما مر صريحة في افادة التناحية وليس للمتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب
(قوله فان سلم فالشفعة للشريكة في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بيننا من الترتيب) أقول تعليل هذه
المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود
المتقدم وتسليم الجوار أن يكون المتأخر محجوباً بالتقدم كافي الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير
ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم وأستوفى مع بقاء الترتيب على حاله
باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاماً لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في
الرقبة فالشفعة للشريكة في الطريق أو الشرب فان لم يوجد جدها أيضاً أخذها الجار لان الترتيب يقتضي
هذا المعنى لا محالة فلما نسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما سبق من قوله ووجه الظاهر أن
السبب قد تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريكة في المبيع قد يكون في بعض منها كافي منزل معين من الدار) قال

رضاه وانما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعاً (قوله والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار
الشفوعة) احترازه عن الجار المقابل (قوله وبابه في سكة أخرى) احتراز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة في
هذه الدار (قوله والشريكة في المبيع قد يكون في بعض منها كافي منزل معين من الدار أو جدار معين منها) أي
مع أرضه لان الشركة في لبناء المجر لا توجب الشفعة بصورة الترتيب في الشفعة منزل مشترك بين اثنين في دار
هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريكة في المنزل أحق بالشفعة فان سلم
فالشريكة في الدار أحق بالشفعة من الشريكة في السكة لانهم أمس قر بالشريكة بينهم في سجن الدار فان سلموا
فاهل السكة أحق بالشفعة للشريكة في الطريق فان سلموا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب
داره في سكة أخرى (قوله وهو مقدم على الجار في المنزل) أي الشريكة في منزل معين من الدار أو جدار معين
منها مقدم على الجار في المنزل في المعنى ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريكة في الطريق أن لا يكون شريكاً
في الأرض التي هي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما أما اذا كان شريكاً فيه لا يكون مؤخر بل يكون
مقدماً وصورة ذلك أن تكون أرض بين اثنين غير مقسومة بنسبة في وسطها حائطاً ثم اقتسما الباقي فيكون
الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع أما اذا اقتسما
الأرض قبل بناء الحائط وسطاً خط في وسطها ثم أدي كل واحد منهما شيئاً حتى يبنيا حائطاً فكل واحد منهما
جار لصاحبه في الأرض شريكة في البناء لا غير والشريكة في البناء لا غير يوجب الشفعة (قوله وكذا على الجار
في بقية الدار) أي كما هو مقدم على الجار في المنزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار وذكر القدر الذي

أما ان سلم أنهم محجوبون به بله حق التقدم فقط تأمل (قوله وفي بيت منها شرك) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق
من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيعة) أقول الأولى أن يقول
الموضع الذي بعض مشترك بينهما فلا تخركلما يخالف ظاهره (قوله فاذا صار أحق بالبيع كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل
الشريكة في حقوق الدار كالطريق مثلاً كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحال على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن نفعه للمرور ولا حق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلزمان (٣٠٢) فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد

تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بينا) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لالأهل النهر الصغير في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رحمه الله فإذا كان الدارين ثلاثة لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها وللآخر سدسها باعتبار النصف نصيبه وطلب الشريك الشفعة قضى بينهما بذلك نصين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بدملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك

في أصح الروايتين عن أبي يوسف لأن اتصاله أقوى بالبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهر لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد عن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر يسبق منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة في بيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وإن بيعت لأهلها فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفعي شركة ولكنه شفعي جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار ووضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه جار ملازق قال (والشريك في الحشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملك) وقال الشافعي هي على في العناية أخذ من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التمثيل قصور لأن المنزل عند الفقهاء دون الدار فوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتشبه الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرر وقد عدا إليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) الشريك في الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد رحمه الله وأحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله فيكون مقدما على الجار في كل المبيع وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة يستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مسع جاراً خوسياً (قوله والشرب الخاص أن يكون نهر لا يجري فيه السفن) قبل أو يده أصغر السفن وما يجري فيه السفن فهي شركة عامة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهر يسبق منه قراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح من الأرض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا بناء وفي الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشريك في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وإن كانوا لا يحصون فهو نهر صغير لكن اختلفوا بعد هذا في حديقهم ولا يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بعضهم ما تروى عنهم بآراء بعين وبعض مشايخنا قالوا أصبح ما قبل فيه أنه مغرض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رأهم كثيرا كانوا كثيرا وإن رأهم قليلا كانوا قليلا فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي المستطيلة أي المنشعبة فلاهلها الشفعة خاصة أي لأن المنشعبة دون العليا لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور وليس لهم أن يفتحوا فيها بابا فكانت كالملوك فلاهلها بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في الأقصى لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد فلاكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها الآن شركة البعض أكثر والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف (قوله وإن بيعت في العليا فلاهل السكتين) لأن لأهل السفلى حق المرور فيها (قوله فهو على قياس الطريق فيما بيناه) وهو قوله فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لأهل النهر الصغير كذا كرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى (قوله جار) لما بينا أن العلة هي الشركة في العقار في الشركة في الحشبة لا يكون شريكا في الدار (قوله وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملك) وقال

لانها التكميل منفعة وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالمح والغلّة والولد والثمرّة ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
 ألا ترى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا يحال له ثبت
 الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنى يتساويان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة
 العلة لان الاتصال بكل جزء له لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع (٣٠٣) والترجيح انما يكون بقوة في الدليل

لا بكثرة ولا قوة ههنا الظهور
 الاخرى بمقابلتها حيث
 يستحق صاحب القليل ولو
 كان مرجوحاً لما استحق
 شيان المرجوح يتدفع في
 مقابلة الرجح وعروض بان
 الهيئة الاجتماعية قد
 تستلزم ما يستلزمه الافراد
 فيجوز أن يكون صاحب
 القليل عند الانفرد يستحق
 الجميع واذا انضم اليه صاحب
 الكثير يتفاوتان كالأبن
 فانه يستحق جميع التركة
 عند انفراده والثنين مع
 البنت وأجيب بان الهيئة
 الاجتماعية مطلقة تستلزم
 ذلك أو التي لم تجتمع من
 عتني مستقلين والاول
 ممنوع والثاني مسلم ولكن
 ماتن فيه من عتني
 مستقلين والهيئة الاجتماعية
 منهما لا تستلزم زيادة ولا
 لزوم الترجيح بكثرة العلة
 وليس يجمع ألا ترى أن
 الشاهدين والاربعة سواء
 ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية
 زيادة ومثله الميراث ليست
 مما نحن فيه اذ لم يجتمع في
 الابن عتني ان ضمت
 احدهما الى الاخرى
 فاستلزم الزيادة وانما

مقادير الانصباة لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها التكميل منفعة فأشبه الرمح والغلّة والولد والثمرّة
 ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا ترى أنه لو انفرد واحد منهم
 استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته
 ولا قوة ههنا الظهور الاخرى بمقابلته وتلك ملكة غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها
 يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق
 بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع
 وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذي
 هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلته هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في
 استحقاق الشفع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارع المزبور
 وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي
 هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض لا يخفى

الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباة) بيانه دار بين ثلاثة لاجلهم نصفها ولا تخرد سها
 فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة فبقي بالشفيع المبيع بينهما) عند الشافعي رحمه
 الله أن لا يقدروا ملكهما وان باع صاحب السدس نصيبا قضى بينهما أنهما أساوان باع صاحب الثالث
 قضى بينهما أو باعا وعندنا قضى بينهما انصفان في الكل وكذلك على أصلنا اذ لا يعتد ولو اجارا جار من
 ثلاثة جوانب والآخر من جانب واحد وطلب الشفعة فهو بينهما انصفان (قوله فاشبهه الرج) فان الشريكين
 اذا اشترى شيئا بخمسة عشر درهما مثلا ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة ثم باعاه فربح ثلاثة دراهم
 فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب الخمسة لان الرجح تسع للمال فكان بينهما على
 قدر رأس مالهما والغلّة بان كان حائون بينهما أن لا تدفع له أيضا تكون بينهما أن لا تدفع له (قوله لو انفرد واحد
 منهم استحق كل الشفعة) يعني ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل
 بالاتفاق كولو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة
 نامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فانما اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة
 واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل الأخرى ان أحدا المدعين لو أقام شاهدين والآخر
 عشر افهم ما سواه وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جرحا واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فمات استويا في
 حكم القتل والترجيح لقوة الدليل كالشريك يرجع على الجار وكثر الرقبة مع جرح الآخر فان حكم القتل
 يضاف الى الحازل الى الجار بالاتفاق لا بكثرة لان ما يصلح علة بانقراده لا يصلح مرجح لان عند ظهور الترجح
 كان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلا فعرفتنا له لا ترجح في جانبه من حيث
 قوة العلة (قوله وتلك ملكة غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه) أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك
 كالأبن ان يملك جارية بانه ولا يعد من ثمرات ملكه (قوله بخلاف الثمرة وأشباهها) فانها متولدة من
 الابن فيتولد بقدر الملك اما تلك ملكة غيره فلا يتولد من ملكه فكيف يجعل كالثمرّة والأبن والولد (قوله

ذلك باعتبار تفاوت في عصوره يجعل الشارع كذلك من حيث الخالتان وقوله (وتلك ملكة غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك
 يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأبن فان له التمكن من تملك جارية بانه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعروض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فانه عند الاجتماع لا يستحق الجميع
 (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأبن الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعة وأسقط بعضهم حصة فلا يجزأ ما من يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقيين في الكل على عددهم دون انصابتهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضى بين ابين الحاضرين على عددهم لأن الغائب له لا يطلب يعني قرير يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فثالث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية وإن كان بعد القضاء له فليس لأخر أن (٣٠٤) يأخذ النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما ماضياً عليه من

جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه في قضية لا يصير مقضياً فيها ولا فرق في هذا بين ما استوا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصبر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) وهو بوجه أن الباء للسمية فتكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استوا وفي سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قوله والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم أن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بدخوله اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما دعوا وظننا أنه ثم قال صاحب العناية وردبانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لو جوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشرط قبله وردبانه لا اعتبار لو جود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين لأن سببها هو الاتصال على ما بينا) وهو قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما تنصب سبباً في دفع ضرر الجوار فعند عامة المشايخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاص رجحاً الله يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو إشارة إلى أن كلاهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها ثانياً بالطلب وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بها ولا يجوز أن يقال بان الشراء شرط والشر كعقله وسبب فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة

ولو أسقط بعضهم حقهم فهي للباقيين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيباً بقضى بين ابين الحضور وعلى عددهم لأن الغائب له لا يطلب وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فثالث ما في يد كل واحد منهما تحقيقاً للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومنه أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بينا

(قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومنه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فلا يظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع منذ كور في عامة المعتبران كتب الأدب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استوا وفي سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أوفى قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما تنصب سبباً في دفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قوله والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم أن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بدخوله اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما دعوا وظننا أنه ثم قال صاحب العناية وردبانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل المبيع لو جوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشرط قبله وردبانه لا اعتبار لو جود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين

لأن سببها هو الاتصال على ما بينا) وهو قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما تنصب سبباً في دفع ضرر الجوار فعند عامة المشايخ سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاص رجحاً الله يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو إشارة إلى أن كلاهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها ثانياً بالطلب وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بها ولا يجوز أن يقال بان الشراء شرط والشر كعقله وسبب فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة

لجاء تسليمها قبل المبيع لو جوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح والوجه وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للمشرط قبله وردبانه لا اعتبار لو جود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كإدائه الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كأنه فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشرط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل إلى قوله والضرر إنما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله

(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) (و رغبته عنه أمر مخفي

لا يعالج عليه وله دليل ظاهر وهو البيع في مقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك بسبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفعين باقرار البائع به صرح به أن يأخذه وأن كذبه المشتري وفوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكتابة فعمل به كجزءه والهبة لا تدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكتابة قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بلا شاهد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائمة أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموائمة لتلبسه به لانه أي الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق بطلان بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقار ان قيد هائيت وهو كتابة عن سرعة لسقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا لا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفعين إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالأشهاد ولا بد من طلب الموائمة) لانه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب يعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز واما متاع الشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اه كلامه (أقول) لقائل أن يقول امتناع تحقق الشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان الشرط هو الجواز أو الوجوب فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلم أن لا يكون الواجب متأديا بإداء الزكاة قبل الحلول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في نقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع أن المصرح به في موضع خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكاة يتحقق بملاك النصاب المسمى وحولان الحلول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة واما حلول الاجل في الدين المؤجل انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها والاداء لا يتحقق وجوب الاداء قبل حلول الحلول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بإداء الزكاة قبل حلول الحلول وبادء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضع انما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبته البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أي في هذا التأويل ويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب في جريان هذا الوجه وهو على تقدير أن يكون معنى كلام القدوري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بل رجاء ضمير فيه البطل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف عال تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فاما معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا لا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفعين إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) (أقول فيه) نأمل ان قد تقرر فيما مر أن ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دمع ضرر النخل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشره والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو النخل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع أصيل كالشفيع فن أن يخفقه ضرر النخل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى ثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر فتشكر قال في العناية وفوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت واما للشفيع الشفعة وأجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكتابة فعمل به كجزءه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكتابة اه (أقول) في الجواب عن النقض بصورة الهبة تبحث لانه ان كان مدار ذلك وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب ألا ترى ان الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جاز فعمل بهذا ان الشركة وحدها ليست بهالة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتاكد هاهنا بالغالب وثبوت المالك في البقعة بالشفعة بالتضاء أو الرضا (قوله ويظهر فائدة هذا) أي فائدة توقف المالك في الدار المشفوعة بعد الطلبيين على تسليم المشتري الدار إلى الشفعين

(٣٩ -) (تكملة النفع والكفاية) - ثامن) يدل على انه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما هو راجع إلى كلام (قوله ادغرض الواهب المكافأة) (أقول فيه) شيء فانه لا يمتشي ذلك في الهبة لا لقرىب الحرم وفي أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وقد لا بالاختذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المحاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتلك وهو انما يكون بالاختذ ما بتسليم المشتري أو قضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله يعني (في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلاً فان كون غرضه المكافأة لا ينافي رغبته عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضاً المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالأكسية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب اقر به المحرم أول زوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المنع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالأكسية كانهقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقى النقض بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد ففي اذالم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كراهتهم بطلانهم بترك ذلك مطلقاً فان قلت وقت الانهزام قد قدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلماذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطالقات هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلاً مستقلاً ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاختذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم غطف على سلمها المشتري وقد وقع العطف عليه في حين الاختذ فكان الاختذ معتبراً في التسليم فلمزم أن يكون معتبراً في حكم الحاكم أيضاً على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في السكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم ثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنز لا ياتي أي تلك الدار المشفوعة بأحد امرين اما بالاختذ اذا سلمها المشتري رضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشرع في شرح قول صاحب الوفاية وتلك بالاختذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاختذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم ثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاختذ ما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاختذ في قضاء القاضي أيضاً وثانيتها أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري انما فان المصنف صرح فيما مر أن نقابانه يكفي في ثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان

أو حكم الحاكم (قوله لا تورث عنه في الصورة الاولى) وهي ما اذا مات لشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف تورث عنه (قوله وتبطل شفعته في الثانية) وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاختذ بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم (قوله ولا يستحقها في الثالثة) وهي ما اذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها والله أعلم

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كعلم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر والثانية أخذ

اللاحق بالمقام أن يقال إذا سلمها الخصم بدل قوله إذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

لمسلم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منه ما هو قوله والخصومة فيها أوله لوجه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وثمة أصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كعلم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلنقال أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة يدل أيضاً على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسيأتي النصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس بالزوم إنما هو لنفي التجاحد والجواب أن المراد بالأشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرر برزق طلب الموائبة برشد إليه تقديم الأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب أدل وكان المراد بالأشهاد هناك هو الأشهاد على طلب الموائبة لتسكان ذكر الطلب بعده لغوا إذ لا يتصور الأشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبل ذلك وتستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرر والأشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأنه إن كان مداره على نفي الشفعة عن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فتحن لا نقول بمفهوم المخالفة وكيف يكون حجة لنا وإن كان مداره على أن لا م الجنس في الشفعة ولا م الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله أن لا م الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقص

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

(قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة) سميت به تبركاً بافظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي لمن طلبها على وجه السرعة والمبادرة فمفاعلة من الوثوب على الاستعارة لأن من يشب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه (قوله وهو أن يطلبها كعلم) أي على فور علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وذكر في المبسوط وإذا علم بالبيع وهو محضر من المشتري فالجواب واضح أن يطلبها وكذلك أن كان محضر من الشفيع هو ديني فإنه ان يشهدهم على طلبه وكذلك لو لم يكن محضره أحد حين سمع ينبغي أن يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير أشهاد ولا شهادات لخاصة الجحود فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع وذكر في شرح الاقطع وأغمايع فعل ذلك أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد لثلاثة ط فيما بينه وبين الله تعالى (قوله حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة ما بيننا) وهو قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد وقال ابن أبي ليلى أن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يومين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يطلبها صريحاً أو دلالة بمسئلة سائر الحقوق

*(باب طلب الشفعة)

والخصومة فيها) *الم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (وإذا علم الشفيع بالبيع) وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى أنماط تنبه عليها (طلب الموائبة) سمى بها تبركاً بافظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كعلم) أي من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق

(باب طلب الشفعة)

الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كافي المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أولا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحانه الله لا تبطل ثمته لان الاول جدد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لتعذر اضرامه والثالث لاقتراح كلامه فلا يدل شي منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بشئ دون عن ورغب عن مجاوره بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاهد والتقيد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كقولنا طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها لاني الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفع بيع لدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة

بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كاذ كفي صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ ان يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن امس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائمة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاهد) قال صاحب النهاية وذلك لان طلب الموائمة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجواره هذا الذي قيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتضى أنه صاحب العذابة وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما لذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير بلازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العذابة تحقيقا مقنونا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كاذ كره المصنف فيما قبل الباب وسأيت ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجه اللزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب الموائمة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أراد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كما ان اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أراد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاهد فكذلك الحال في طلب الموائمة أيضا ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير برأي بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما يسمى الثاني طلب الاشهاد لان الاشهاد شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند جود الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير برأي أيضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاهد كفي طلب الموائمة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كافي الطالب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى

المستحقة (قوله لا بد له من زمان التأمل كافي المخيرة) فان له الخيار ما دامت في مجلسها والجامع حجة الرأي والتأمل ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله (قوله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله) الى قوله لا تبطل شفعته هذا على رواية ان له مجلس العلم (قوله لان الاعتبار للمعنى) ظاهر قوله طلبت الشفعة اخبار عن الطلب في الزمان الماضي وانه كذب والكذب لا عبرة به فكانه لم يطلب وكذا اذا قال اطلبها لانه عده الا انه في العرف راد به هذه الالفاظ الطلب للعالم لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل حتى ان الشيخ الامام أيا بكر محمد بن الفضل رحمه الله الرستاق قال اذا سمع بيع أرض يجنب أرضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا

ضعيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاهد) يعني رعاي مجدد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه أن طلب الموائمة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقر وي بيع أرض يجنب أرضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا

قال المصنف (لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كافي المخيرة أقول تحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والغارق ظاهر فان الشفع لا يملكه بطلب الموائمة فقط بل بالاختصاص بالتراضي أو بقضاء القاضي فله بعد طلب الموائمة زمان التأمل بخلاف المشتري عند ايجاب البائع والمخيرة قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى

ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتم باطلت شفعته لان كلامه وقع كذا في الابتداء فكان كالسكون والصحيح انه لا يبطل لانه انشاء عرفاومهم من قال لو قال اطلب واخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد باخوانه المولى اذا أخبر بجنائيه عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يجر اليها قوله (بخلاف المخيرة اذا أخبر عنه) أي عند أبي حنيفة يعني أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها أخبرها في نفسها ثبت لها الخيا وعدلا كان المخبر أو غيره فان اختارت (٣٠٩) نفسها في مجلسها وقع الطلاق والأفلا

لماذا كرر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترطه أحد شرطى الشهادة وقوله (أو على المبتاع) يعنى المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدارأما اذا سمع الشراء بحضوره أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلاثة وقصد الابدو كانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان فواحى المصر جعلت كناية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والاخران في مصر آخر أو في رستان هذا المصر ترك الاقرب الى الابد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته

وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد احرا كان أو عبدا صيبا كان أو امرأه اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبر عنه لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير ويبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينقض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري (أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان الاول اليد والثاني الملك (قوله) وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد احرا كان أو عبدا صيبا أو امرأه اذا كان الخبر حقا) أقول في التقيد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالخبر وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق بالخبر ومخبره والظاهر ان مدار الوثوق بالخبر مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر كعدالة شراطه وتعدد مدعيه يورث الوثوق باخبره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهم فبما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فسامعنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يقدره فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى التعليق بكونه حقا وجه ظاهر فذكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد هنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن (قوله) وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخوانه فيما تقدم) أراد به ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد باخوانه المولى اذا أخبر بجنائيه عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يجر اليها (قوله) والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي) ولا يمكن الاشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير وحتى لو سمع الشراء بحضوره البائع أو المشتري أو الدار وطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهير يتوان قصد الابد من هذه الاشياء الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جلة في مصر واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفي الاستحسان لا تبطل لان فواحى المصر جعلت كناية واحدة حكما ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخر من أليس أنه يصح طلبه كذا ههنا الملو كان الشفيع بحضرة أحد هؤلاء الثلاثة والاخران في مصر آخر أو في رستان هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصد الابد وترك الطلب عندهم هو بحضرة بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصر آخر أو رستان هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب مع الامكان فيبطل (قوله) ثم ينقض منه) أي يقوم ويشهد

المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كذا وكذا الثاني وليس بعده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغي أن يذهب الى أقر بهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابدو وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابد لانه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابد فان كان الشفيع أو الابد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذ لا يذله ولا ملك فصار كالا جنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الا أن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد المدة لان المدة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتبليغ وسند كبريائه من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمدان تركها شهر ابعدا لاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا تركها خصمة في مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاضع فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه ونسأله وجه قول محمد انه لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف اذ حذر نقضه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل ومادونه عاجل على ما مضى في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كفى اثر الحقوق وما ذكر من الضرر بشكله اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد فاعلى لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فيكون عذرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه

يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد من افضال قوله فيما امر والاشهاد فيه ليس بالزام وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بالزام حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على اطلب ومن الثاني طلب الموائمة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسياق نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فاما لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حل عامة الشراخ الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائمة لثلاث مخالفات ما ذكره المصنف من قبل وذ كرفي الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب الموائمة ليس بالزام وانما هو لنفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الا أن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا النص يرتفع تعصير لانه انما يشي فيما اذا كان

على البائع ان كان المبيع في يده وأما اذا لم يكن المبيع في يده ذكر أبو الحسن القنوري والناتقي أنه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام أنه صحيح استحسانا وهكذا ذكر الشيخ الامام أحمد الطحاوي بسى (قوله ووجه قول أبي حنيفة ترجمه الله) وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه الفتوى على قول محمد رحمه الله ان طول المدة مقدر بشهر وهكذا ذكر أوصاف الجامع الصغير لقاضى خان رحمه الله تعالى (قوله وما ذكر من الضرر بشكل بما اذا كان غائبا) فان قيل لا يسقط لانه حال الغيبة انما لا تبطل دفع الضرر الشفيع ودفع ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق ضرر الشفيع لانه لا يمكن من الاخذ قلنا المالم تبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو ضعيف وعسى أن لا يطلب الشفعة فههنا قد تقوى حقه وتقر بالطلبين فلا أن لا تبطل بالمعاريق الاولى (قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضي) هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدا قبل هذا فادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضى ان فلانا اشترى دارا وبين مصرها ومخلمها وحدها وانما شفيعها ابدارلى وبين حدودها ثمة بلهها الى وانما يبين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح في المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسأله القاضي ان المشتري هل قبض الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها من البائع لا تصح الدعوى على المشتري مالم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغى ان يسأله باى سبب يدعى الشفعة وهذا لان أسباب الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا تثبت الشفعة للجار المقابل اذا كان أقرب

وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطالب الثالث وهو طالب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طال المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد عسى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطالب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر تغل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغى أن يطلب طالب الموائمة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحدهما الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسند كبريائه من بعد وكلامه ظاهر

(قوله لا اختلاف أسبابها) لأنهم على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محبوب بغيره أو لا ور بما ظن ما ليس بسبب كالجوار المقابل سبباً فإنه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولاً لأنه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أو لا فان عند أبي يوسف ومحمد إذا طالت (٣١١) المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه

وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطالان بالتأخير وقيل سألته ثم بعد ذلك سألته عن طلب الإشهاد فإذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بمحضه هل كان أقرب اليمن غيره فإن قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعي عليه فإن اعترف بذلك الذي يشفع به ولا كفه إقامة البينة لأن البدن ظاهره احتمل أن تكون يد ملك وإجارة وعارية واحتمل لا يكون لأبناك الاستحقاق فإن أقام فقد ورد دعواه وإن عجز استخلف المشتري بطلب الشفع أنه لا يعلم أن الشفع مالك الذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمر الرأقر به لزمه فإذا أنكره لزمه اليمن على العلم لكونه استخلفاً على ما في غيره فإن نكل ثبت دعوى الشفع فيه ذلك يسأل الحاكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان أقر بذلك وإن أنكر قبل الشفع أقام البينة فإن أقامها فذلك

الذي يشفع به والا كفه بإقامة البينة) لأن اليد ظاهر محتمل فلا تنكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لأنه ادعى حقاً فيم أفسار كما إذا دعي رقبته وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفعيها بداري تلاصقها الآن ثم دعواه على ما قاله الخصاص وذكر في الفتاوى تمديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فإن عجز عن البينة - تخلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استخلاف على ما في يده فيخلف على العلم (فإن نكل أو قام للشفع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها أو ثبت الجوار فبعد ذلك سألته القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا) فإن أنكر لا ابتاع قبل الشفع أقام البينة) لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت المبيع وثبوته بالحق قال (فإن عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع وأبناك ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا إلى الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى

الأشهاد عند الدار فإن الإشارة بهذه الدار إنما تصور في هذه الصورة والمذكور وفيما قبل مجموع الأقسام الثلاثة للأشهاد أعني الإشادة على البائع أو على المشتري أو عند العدة رالهم الآن يكون المراد بمجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام لكنه لا يدفع التقصير - حقيقة فالاولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الدخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفع عند الدار ويقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفعيها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضاً فاشهدوا بذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشترى من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفعيها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان بدار التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا اه (قوله وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها) فإن قال أنا شفعيها بداري تلاصقها ثم دعواه) قال صاحب

بابا وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد من أن يبين سبب النظر القاضي إن ما زعمه سبباً هل هو سبب وبعد أن يكون سبباً هل هو محبوب بغيره وإذا بين المدعي أنه ليس بمحبوب بغيره يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال ما يشترحهم الله والصحيح أن القاضي يقول متى أخبرت بالشراء وكيف أخبرت بالشراء وإنما اختاروا الأخبار لأن العلم لا يثبت إلا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر إليه وإنما يسأله القاضي عن وقت الأخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي إن المدة هل تطاولت من وقت العلم إلى وقت المرافعة إلى القاضي فان عند أبي يوسف ومحمد رجعهما الله إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ثم إذا سألته عن طلب الموائمة فثبتت لطلبته حين علمت أو حين أخبرت من غير لبث سألته عن طلب الإشهاد هل طلبت طلب الأشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتمامه غير فان قال نعم - له أن الذي طلبت بمحضه هل كان أقرب إليه من غيره فإن قال نعم تبين أن الأشهاد قد صح ثم إذا بين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسأل القاضي المدعي عليه عن دعوى المدعي فإن أنكر أن يكون شفعيها بدار كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعي عليه أنكر أن تكون الدار مجنب الدار المشتراة وإن تكون الدار التي يجنب الدار المشتراة مالك المدعي (قوله فإن عجز عن البينة استخلف) المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي

(وإن عجز عنها استخلف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكرناه في الحاصل والاول على السبب) (قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه إذا طالت المدة لا يلتفت القاضي إلى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار إلى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطالان بالتأخير) أقول لا على قوله ما حثي يلزم السؤال عن زمان الأخبار (قوله سألته عن طلب الإشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب الموائمة

وذكرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية اليقين والاختلاف من كلب الدعوى قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بم الزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له باطل مال المشتري وانما ينظر له باثبات ولا يتحسب المبيع فاما المشتري فهنا فلا ينزل ملك (٣١٢) نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع بمالك عليه

وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على البتات قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا يثمن له عليه قبل القضاء وهذا لا يشترط تسليمه فكذلك لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فلا يشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أخر أدها الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها ما كدت بالخصوصية عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده أنه أن يخافه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع عهده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري والسيد للبائع والقاضي يقضى بم حال الشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار أجنيا فلا يبقى له بد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة الى أنه أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

كرها دفعا للضرر وعن نفسه وانما يجوز لا لأنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري باطل الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا يثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بهما ليتكسب المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فالمشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أخر أدها الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفيعته لانها ما كدت بالخصوصية عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده أنه أن يخافه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة أي

العناية قبل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأل عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذا أخبرت من غير لبث سأل عن طلب الاستقرار فان قال طلبت من غير ذكره مما يشفع به) وأنا تخلف على العلم لانه استخلف على ما في يده غيره هذا قول أبي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله يخلف على البتات لان المدعي يدعي عليه اسحققة الشفعة بم هذا السبب وصار كالداعي الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكره وهناك يخلف على البتات كذا ههنا (قوله وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى) وهو ما ذكره في فصل كيفية اليقين والاختلاف من كلب الدعوى بقوله يخلف على الحاصل في هذه الوجوه الى ما قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله يخلف في جميع ذلك على السبب (قوله وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة الى أنه أخرى) وهي ان البيع اذا كان

معتبر كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له بذلك فهو خصم من ادعى عليه الآن الحاكم لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كآثرى أما كونه خصما فتدبينه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البيعة فلعن اشتراك في احدهما مع البائع وتفرق بالآخرى وأما ما اشتر كافي فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما للشفيع) علم ما لا بد من حضور المقتضى عليه للقضاء (بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذا ذاك غير معتبر لصيرورته أجنيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرق به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوجبهم العود على موضوعه بالنقص في المسئلة لأن نقص البيع انما هو لأجل الشفعة ونقصه يقضى الى انتقامها لتكونها
مبنية على البيع بين وجهه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذکور أن يفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الإخذ
للشفيع بالشفعة متمتع وإذا كان متمتعاً بالغرض من الشراء وهو الانتفاع بالبيع فيحتاج الى الفسخ لان الأسباب شرعت لأحكامها لا لأنها
لكنه يبقى أصل البيع أغنى الصادر من البائع وهو قوله بع بجداعن اضافته الى (٣١٣) ضمير المشتري انعذر انفساخه فانه

لوانفسخ عادالى موضوعه
بالنقض كذا كرناه (فيتجبل
لبقائه بتحويل الصفقة الى
الشفيع ويصير كله
المشتري من البائع) وهذا
لان الشفعة ثابتة في الشرع
البت وثبوتها مع بقاء العقد
كما كان معذراً لعدم دخول
المقصود فكان فسخه من
ضرورتها وهي تستدفع
بفسخه من جانب المشتري
فلا تتعدى الى غيره وهذا
اختيار بعض المشايخ وهو
المختار وقال بعضهم تتقل
الدار من المشتري الى
الشفيع بعقد جديد قالوا لو
كان بطريق التحويل لم
يكن للشفيع خيار الرؤية
اذا كان المشتري قد رآه
لكن له ذلك كجسائي ولما
كان أن يرد الدار اذا اطاع
على عيب والمشتري انشأها
على أن البائع يرى من كل
عيب بها لكن له ذلك
والجواب أن العقد يقتضي
سلامة للعقد وعليه من العيب
وانما يعتبر في حق المشتري
بما رضى لم يوجد في الشفع
وهو الرؤية وقبول المشتري
العيب فتحول الصفقة الى
الشفيع موجهة لسلامة

ثم وجه هذا الفسخ المذکور أن يفسخ في حق الاضافة فلا تمنع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو واجب
الفسخ الا أنه يبقى أصل البيع لانه انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تحول الصفقة اليه ويصير كله
هو المشتري منه فلما يرجع بالعقد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاحذره من يده حيث تكون
العقد عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام

ناخير سألنا عن المألوف بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه اه (أقول) القائل
صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غلب صاحب العناية عبارته في النقل
وأفسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سألنا عن طلب الموائمة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من
غير لبت سألنا عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سألنا ان الذي
طلب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطالب
فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحة ون ما ذكره صاحب
العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائمة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سألنا عن طلب الاستقرار ولا
يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائمة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت
به خبر في أقسام الطالب وأيضاً قد قيل فيما قبل سألنا متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء
وقد نقله صاحب العناية أيضاً فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك سألنا عن طلب الاشهاد و مراده
طلب الموائمة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائمة سألنا عن طلب الموائمة لان سؤاله قبله بكيف صنعت
حين أخبرت سؤال عن طلب الموائمة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائمة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا
سألنا عن طلب الموائمة سألنا عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حثث في من المذورين المذكورين
أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائمة فان الكلام

ينفخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه أى يكون اشتراط حضور المشتري معلوماً به لمتين بعله أنه يصير
مقتضياً عليه في حق الملك لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشتري وللبائع والقاضى يقضى بهما
للشفيع فلا بد من حضورهما بعله أنه لا يبرم مقتضياً على حق الفسخ كذا كرر ههنا ليقضى بالفسخ عليه
والقضاء على الغائب لا يجوز ملكاً أو فسخاً فلا بد من حضوره (قوله ثم وجه هذا الفسخ المذکور) وهو قوله
في فسخ البيع بمشهد من ان يفسخ في حق الاضافة أى في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا أخذ بالشفعة
فان بأخذه القبض المستحق بالهبة في حق المشتري وذا يوجب انفساخ البيع كإلوهلك المبيع قبل القبض
الا أنه يبقى أصل البيع لان قول البائع للمشتري بع بجداعن اضافته اليه فاذا أخذ الشفع
بالشفعة صار كان ذلك البيع أضيق الى الشفع بعد ان كان مضافاً الى المشتري في قبض البيع في حق
الاضافة لانه لا ينفذ أصل العقد كما اذا رضى ساهما الى انسان فتقدم عليه غيره فاصابه فالرى في نفسه
لم يتبدل ولكن الارسل والتوجه على الاول قد قطع لخلل هذا الثاني فيخرج من ان يكون مقصودا بالرى
وكذا ههنا تحول الصفقة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل

(٤٠ - (تكملة الفسخ والكفاية) - فامن) نظر الى الاصل (قوله فلهاذا) أى فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعقد
على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاحذره الشفع من يده حيث تكون

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كلكو كل اذا ملك المشتري من الوكيل بتحويل صفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية يتأزم يثبت توكيله
(قوله بتحو الصفقة الى الشفع) أقول وأما مسألة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من
الموكل ضرراً مضياً بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفع

العهد عليه لأنه لم يملكه بالقبض قال (ومن اشترى دارا غيره فهو الخضم الخ) المشتري اذا كان وكيلًا فاما ان يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أو لا فان كان الثاني (٣١٤) فهو الخضم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة

فيه في كفاية المتهنى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دار الغيرة فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد
والاخذ بالشفيع من حقوق العقد فتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون
الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري
فتصير له مومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان
البائع وكيل الغائب فلا شفيع أن ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع اوصيا لم يملك
فيما يجوز بيعه اذ كرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرتبة وان وجد
بها عيبا فله أن يرد هاون كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفيع بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة
المال بالمال فيثبت فيه الخيار ان كان الشراء ولا يسهق بشرط البراءة من المشتري ولا يبرؤ منه لانه ليس
بذات عنه فلا ذلك اسقاطه * (فصل في الاختلاف) *

اذا لم يلحق في صورة الشرطية بتقديمها وهو قولهم 'ذاسأله عن طلب الموابنة اشارة الى ما ذكرناه فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار انا مل تغهم (قوله ومن اشترى دارا غيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيها اذا سلمنا الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال به قدره والاخذ بالشفعة من حقوق العقود له يد في الدار وكان المصنف انما ترك ذكر ذلك اقتداء بما ادعى ان فهمهم من تعليل صورة التسليم

* (فصل في الاختلاف) * لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما

حالة سواء أخذها من يد البائع أو من يد المشتري لأن عنده حقوق له قد ترجع إلى المالك (قوله إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره) أي بخلاف البائع مع المشتري فإنه لا يكتفي بحضوره البائع حتى يحضر المشتري لأن البائع ليس بمنائب عن المشتري كان هذا جواب لسؤال يرد على قوله وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة متعة وهو أن يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثم فاجاب أن الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره قبل التسليم إلى الموكل (قوله وكذا إذا كان البائع وصيا للميت) أي يكون الخصم للشفيع هو الوصي (قوله فيما يجوز بيعه) ذكر في الباب الأول من شفعة المبسوط البائع إذا كان وصيا للميت إلا أن الورثة كبار كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشيء يباع فيه الدار لم يجوز بيع الوصي لأن المالك للورثة وهم متمكنون من النظر لأنفسهم وإن كان فيهم وصي مغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك إن كان عليه دين أو وصي بوصية من ثمن الدار وهو استحسان ذهب إليه أبو حنيفة وجهه أنه وفي القياس لا يجوز بيعه إلا في نصيب الوصي خاصة أو بقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت في يده وفي الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولادين على الميت ولا وصية فليس للوصي أن يبيع شيئا من الأثر لأنه لا ولاية عليهم فإن كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لأنه ولاية الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار معقود بنفسه فهو ملك تجاره الكل لأنه حفظ حتى لو خيف هلاكه كان على شط بحر أو نحوه أو خيف هلاك بئاءه ملك بيعه أيضا قال صدر الشهيد رحمة الله عليه لو قيل لملك لا يبعد ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لأنه قائم مقام الأب والابن ذلك والمتأخرون جوزوا بيع الوصي بضعف القيمة أو لضرورة النفقة والدين والله أعلم * (فصل في الاختلاف) *

من حقوقه) وان كان الاول
فالموكل هو الخصم (لانه لم
يبقى للوكيل يد ولا ملك)
وهذا لان الوكيل كالبائع
من الموكل لانه يجري بينهما
مبادلة حكمية على ما عرف
فتسليمه الى المشتري ولو سلم
البائع الى المشتري كان هو الخصم
فكذا الموكل فان يسلم له
كان الوكيل بالشراء
كالبائع من الموكل لكان
حضور الوكيل والموكل
جميعا شرطاً في الخصومة في
الشفعة اذا كانت الدارق
يد الوكيل كما أن الحكم
كذلك في البائع والمشتري
على ما تقدم أجاب المصنف
بقوله (الا أنه مع ذلك قائم
مقام الموكل) لكونه نائباً
عنه (فيكتفي بحضوره)
والبائع ثمة ليس بذائب عن
المشتري فلا يكتفي بحضوره
(قوله وكذا اذا كان البائع
وكيلاً) ظاهر وقوله (وكذا
اذا كان البائع وصياً) يعني
يكون الخصم للشفيع هو
الوصي اذا كانت الورثة
صغاراً وقد بقوله (فبما
يجوز بيعه) احترازاً عما
لا يتعين الناس بمثله فان
يبيع به لا يجوز وقيل المراد
به كون الورثة صغاراً فان
الوصي يبيع التركة أما اذا
كانت الورثة كباراً لا يجوز

قال
يبيعهم لانهم ممنكون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع باء ارا الخ) ظاهر وقد كرناه ايضا
* (فصل في مسائل الاختلاف) * لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرعى في بيان مسائل الاختلاف بينهما
(قوله) اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه (اقول) اذالم يكن على الميت دين * (فصل في الاختلاف) *

(قوله أما إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول إذا لم يكن على الميت دين * (فصل في الاختلاف) *

فيه قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بئزله البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجهه
(لان الشفيع يدعى على المشتري استحقاق الدار باقل الثمن والمشتري لا يدعى (٣١٥) عليه شيئا فيخبر الشفيع بين الاخذ

والترك فاذا وقع الاختلاف

بينهما في الثمن وبمزا عن

اقامة البيئته كان القول

للمشتري لانه ينسك

ما يدعيه الشفيع من

استحقاق الدار (عليه عند

نقد الاقل) والقول قول

المنكر مع عدمه ولا يتحقق

لانه لم يرد من نص ولا هو في

معنى المنصوص عليه من

كل وجهه (وان اقاما البيئته

وهي للشفيع عند أبي حنيفة

بمحمد) وقال أبو يوسف هي

للمشتري لانها أكثر اثباتا

(فصار كبيئته البائع) اذا

اختلف هو والمشتري في

مقدار الثمن واقاما البيئته

فانما للبائع وكبيئته الوكيل

بالشراء مع بيئته الموكل اذا

اختلفا في الثمن فانما للوكيل

وكبيئته المشتري من العبد

مع بيئته المولى القديم اذا

اختلفا في ثمن العبد المأثور

فانما للمشتري لما في ذلك

كاهن اثبات الزيادة (ولهما

أنه لا ثنائي بين البيئتين) في

حق الشفيع لجواز تحقيق

البيع مرة بالف وأخرى

بالقن على ما شهد عليه

والبيئتان وفسخ أحدهما

بلا آخر لا يظهر في حق

الشفيع لنا كدخقه فإز

قال المصنف (ولانص ههنا

فلا يتحققان) أقول ان نص

في البائع والمشتري مع وجود معنى

لا يدعى عليه شيئا (قوله لجواز تحقيق

البيع مرة بالف وأخرى بالقين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بالف ويثبت بحجة المشتري البيع

بالقين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بيئته الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بيئته المشتري

قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينسك والقول قول المنكر مع عدمه ولا يتحقق لان الشفيع ان كان يدعى عليه
استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا فيخبره بين الترك والاخذ ولانص ههنا فلا يتحققان قال (ولو اقاما
البيئته فالبيئته للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف البيئته بينة المشتري (لانها أكثر اثباتا) فصار كبيئته
البائع والوكيل والمشتري من العدو وله ما أنه لا ثنائي بينهما

وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولانص ههنا فلا يتحققان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام
انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب البين لذلك في
الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف ههنا
اه واتفق أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع ونحوه صاحب ناية البيان أيضا يشعر بذلك
فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على من سيج ما ذكر المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافا ههنا في معنى
ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة فائمة تحالفا وراوا فلا حرج لم يجب
التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين
انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك أيضا انما يوجد في
طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة تحالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله
صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة فائمة تبعا لتحالفا وراوا فلا حرج ذلك كما مستوفى في باب
التحالف من كتاب الدعوى فلو كان لوجه في عدم كون مانع فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى
الانكار من العارفين لا تنقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم
كون مانع فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من
كل وجهه لا تنقضاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة
حيث قال واپس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجهه لان ركن البيع وان وجد لكن
بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزياي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا
يتحققان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري
لا يدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكر اذ لا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه
(أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من
الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب
واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطمحت حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي
عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت
بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر فامتنع القياس ولا يخفى أن امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق
بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيها القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في
موضعه فبمعبر امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب في العبارة أن يقال فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة
(قوله وقال أبو يوسف البيئته بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لئلا يقال أن يقول البيئته انما تسمع من المدعى

(قوله فصار كبيئته البائع) أي مع المشتري يعني لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن واقاما البيئته كانت
البيئته بينة البائع لانها تثبت الزيادة (قوله والوكيل) أي كبيئته الوكيل مع بيئته الموكل فان الوكيل بالشراء

في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك لم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لان المشتري
لا يدعى عليه شيئا (قوله لجواز تحقيق البيع مرة بالف وأخرى بالقين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بالف ويثبت بحجة المشتري البيع
بالقين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بيئته الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بيئته المشتري

أن يجعل ما موجودين في حقه (وله أن يأخذ بايمهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول) فالجمع بينهما غير ممكن فيصاري (٣١٦) أكثرهما أثباتاً لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخرج البينة

الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالى العقدتين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران أي بحسب ما توجب البينتان فكان للموكل أن يأخذ بايمهما شاء (وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن بينة الشفيع ملزمة) لأنها إذا قُبلت وجب على المشتري تسليم المداير بما ادعاه الشفيع شاء أو أبي والمزوم منها أولى لأنها وضعت للادلاء وبينة المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم مستمر في مقابلة الملزم غير معتبر بطريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ

فجعل كان الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بايمهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخرج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانهم ممنوعون على ما روى عن محمد وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا بخلافه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبيانات للالزام

والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئاً ولهذا لا يتحققان بالاتفاق كما مر آتياً فلزم أن لا يصح بينة المشتري أصلاً فضلاً عن أن ترجح على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف ثم أقول بعكس الجواب عنه بأن المشتري وإن كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة إلا أنه مدعى بصورة حيث يدعى بأداء الثمن ومن كان مدعى بصورة تسمع بينته إذا أقامها كافي المودع إذا ادعى رد المودعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فأنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد المودعة على المودع وعجز عن إقامة البينة عليه فأنما يجب الحلف على المودع لكونه منكراً للضمان - حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد المودعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وإن لم يجب على خصمه الحلف أصلاً فخرج أبو يوسف بينته بناءً على كونها أكثر أثباتاً وبها هذا التفصيل تبين أن قول صدر الشريعة في شرح الوفاية في هذا المقام وجته ما ذكرنا مؤيداً به ما ذكره قبله بقوله لأن الشفيع يدعى استحقاق المداير عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يتحدث عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جداً وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لا تنافي الخ وبقوله ولأن بينة الشفيع ملزمة الخ حتى أولاهما محمد وأخذ بهما أبو يوسف ولم يأخذ بهما كذا كروا في الشرع (قوله وهو التخرج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول إن أريد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع اظهر الاختلاف في بعض الأحكام وإن أريد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولا يمكن الشفيع وأنشئ أيضاً بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به فإقامة فلا يتم الفرق فليتأمل في المدعى (قوله وبد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا بخلافه) أقول برده على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفي ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله

مع الموكل إذا اختلفا في مقدار ثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لأنها تثبت الزيادة (قوله والمشتري من العدو) أي كينة المشتري من العدو بينة لمولى القديم فإن المشتري من العدو مع المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من إثبات الزيادة (قوله كيف وانهم ممنوعون على ما روى عن محمد رحمه الله) فإن ابن سماعة روى عن محمد رحمه الله أن البينة بينة الموكل إن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجب البينتان فكان للموكل أن يأخذ بايمهما شاء فإما في ظاهر الرواية فتأنا الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن (قوله وأما المشتري من العدو) يعني أن المشتري من العدو والمولى القديم إذا اختلفا في ثمن في السير الكبير لأن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف رحمه الله (قوله فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول

فأما

بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحدة منهما ملزمة

فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو ولأنها غير ملزمة

قال الله تعالى (كيف وانهم ممنوعون) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يردواهم ممنوعون

قال (واذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطاً على المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعث لا يثبت للشفيع شيء الا ترى أنه لو اقر بالبيع وأنكر المشتري ثمنه لحق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس له ما بينة تتحاو ترداد بالحديث المعروف وأيم ما نكل ظهور أن الثمن ما يقوله (٣١٧) الا خروفاً أخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضي

قال (واذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً على المشتري) وهذا لان الامران كن على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الخط يظهر في حق الشفيع على ما بين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبة فبأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الأكثر يتعاقبان ويترادان وأيم ما نكل ظهور أن الثمن ما يقوله الا خروفاً أخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضي البائع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر يقال البائع بعث الدار بما قبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاداء بالبيع تعلقت الشفعة بقبضه بعد ذلك قبض الثمن بريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت الى قوله لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

لا يصح له في هنالك الا بفسخ الاول أمامهنا بخلافه) وهو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك الفسخ في حق المتعاقدين والذي لم تحققه ضرورة في الفصلين معناه ان الثاني دون الاول يعني

لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول أمامهنا بخلافه) هذه طريقتان في حل هذه المسئلة حكاهما بحمد ربه الله والطريقتان الثانية كما هو بوضوح منه وهي قوله ولان بينة الشفيع ملزمة وبينه المشتري غير ملزمة والبيئات للالزام بيان هذا انه اذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبي واذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يقدر ان شاء أخذ وان شاء ترك والملمزم من البيتين مرجوح به فارق بينة البائع مع المشتري لان كل واحد من البيتين هنالك ملزمة وكذلك بينة الوكيل مع الموكل وكل واحد منهما ملزمة فلها صرا الى التراجع بالزيادة وفي مسئلة المشتري من العدو على هذه العارقة البينة بينة المولى القديم لان ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة كذا في الباب الاول من شفعة المبسوط (قوله ولان التملك على البائع بايجابه) أي ذلك المشتري على البائع بايجابه أي بسبب قوله بعث منك وان كان سبب التملك في حقه قوله قبلت الآن قبوله انما به برسيب التملك بواسطة ايجاب البائع فيكون البائع أعرف بمقدار الثمن من المشتري فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبة فبأخذ الشفيع بقوله (قوله لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) يعني ان الفسخ وان كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع لان القاضي نصب ناظر للمسلمين لا مبطل لحقوقهم ولان الفسخ مقرر لحق الشفيع لارامع ولهذا ينفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري بالاخذ بالشفعة (قوله لانه لما بدأ بالاداء بالبيع) تعلقت الشفعة به) لانه أخبر عن الثمن في حاله ولا به البيان فبني الحكم عليه ثم بقوله قبض الثمن بريد اسقاط

وان اختلفا فسخ القاضي
البيع بينهما على ما عرف
وياخذها الشفيع بقول
البائع لان فسخ البيع
لا يوجب بطلان حق
الشفيع وان كان الفسخ
بالقضاء لان القاضي نصب
ناظر للمسلمين لا مبطل
لحقوقهم (وان كان مقبوضاً
أخذها بقول المشتري ان
شاء ولم يلتفت الى قول
البائع) لما ذكر في الكتاب
وهو ظاهر وان كان غير
معلوم القبض فاما أن يقر
البائع بالقبض أو لا فان
كان الثاني ولم يذكر في
الكتاب فالظاهر أن حكمه
حكم ما اذا كان غير مقبوض
وان كان الاول والغرض
أن المشتري يدعى أكثر
مما يقول البائع والدار في
يد المشتري فاما أن يقر أو لا
بمقدار الثمن ثم بالقبض أو
بالعكس فان كان الاول كملو
قال (بعث الدار منه بالف
وقبضت الثمن أخذها
الشفيع بقول البائع) أي
بالالف (لانه لما بدأ بالاداء
بالبيع بمقدار ثمنه تعلقت
شفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار

ثم بقوله (قبضت الثمن بريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبياً من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحديث
يجب أن ياخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم نفاً أن الثمن اذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع (فرد عليه) قبضت
وان كان الثاني كما لو قال (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت الى قوله وياخذ بما قال المشتري (لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من
البين) وصار أجنبياً (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي جيفة أن المبيع اذا كان في يد البائع فاقرب قبض الثمن وزعم
أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر

لأنه لم يصح أحيد الكونه ذا السدواك لم يكن مالكا و... أعلم * (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) * لما فرغ من بيان أحكام الشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق منتهى بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك من الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض لم يلحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه انما يأخذها بالثمن والثمن مابق وان حط بعده رجوع الشفيع (٣١٨) على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق باصل العقد لئلا يخرج العدة عن

موضوعه وقد بينت في البيوع في فصل قبيل الربا وباقي كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاح من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بغيره) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم وإن اشترى بها بكميل أو موزون أخذها بثمنه لأنه من ذوات الامثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية لتلك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فإن كان له مثل صور فملكه بها وإذا لمثل من حيث الملية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع ليكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن

* (فصل) * فيما يؤخذ به المشفوع قال (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لأن حط البعض يلحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن مابق وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق باصل العقد بحال وقد بينا في البيوع (وإن زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة في حق الشفيع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بها ونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بغيره) لأنه من ذوات القيم (وإن اشترى بها بكميل أو موزون أخذها بثمنه) لأن من ذوات الامثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية لتلك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كإتي الاتلاف والعدي المتقارب من ذوات الامثال

كلام المصنف ههنا أن القسح يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد الماسور من المشتري من العدة بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء فإن قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قلنا ولكن ما وجه ظهور القسح هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره ههنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع يتعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد الماسور إلا بعد الإخراج إلى دار الاسلام والإخراج اليها لم يكن إلا بالبيع الثاني فانتزعا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما لم يجرى معه التزمهم بيان الظواهر في كثير من المواضع

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) * لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لأنه من الثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية لتلك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بثل

حق الشفيع في الأخذ بما قاله فرد عليه بخلاف ما إذا قرب باستيفاء الثمن أولا لأنه بذلك يخرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين والله أعلم بالصواب

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) * (قوله بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق باصل العقد بحال) وذلك لأن حط جميع الثمن لو ألحق باصل العقد ما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي إلى إبطال حق الشفيع (قوله ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بغيره) أي بقيمة العرض عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صور ومعنى وقاصر وهو المثل معنى (قوله فإن اشترى بها بكميل أو موزون أخذها بثمنه) لقد مره على المثل

فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فإن أخذته بهن معلوم ممكن فكانت الجهة المانعة وان

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) * (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن مابق وإذا حط بعده رجوع الشفيع إلخ) أقول لفظه ما في قوله مابق وموصولة والضمير في قوله بعده راجع إلى القبض في قوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لئلا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لأنه يصير هبة لأنه يبيى تملكه بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله ألا ترى أن الشفيع لو سلم الدار إلخ) أقول فيه تأمل فإن التثوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظاهرة تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيبحث

وقوله (وان باع عقار بعقار) نظرو وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فالشفع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وانما وصفتنا الأجل بكونه معلوماً لأنه لو كان مجهولاً كان البيع فاسداً ولا شفع فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) (٣١٩) القديم (لان الأجل وصف في الثمن كالزافته والأخذ بالشفعة فياخذها بصله ووصفه كفي الزوف ولنا أن الأجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري ورضاه في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولا غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر هكذا هذا

(وان باع عدة أو بعقار أخذ الشفع كل واحد منهما بقيته الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذ بقيته قال (واذا باع بثمن مؤجل فلا شفع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزافته والأخذ بالشفعة فياخذها بصله ووصفه كفي الزوف ولنا أن الأجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري ورضاه في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولا غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر هكذا هذا

ما علمت به لان الشفع انما يثبت بثمن الثمن الذي تملكه المشتري لا بثمن المبيع الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيم اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفع بقيته العرض الذي هو الثمن لا بقيته الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفع بثمنه لا بثمنه المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورته ومعنى وقاصره والمثل معنى اه (قوله وليس الرضا به في حق المشتري ورضاه في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفع بالنسبة الى الأجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة بغير الميم وهو مصدر ملو الرجل بالضم واقتاتل أن يقول لما كان الرضا شرطاً واجباً أن لا يثبت حق الشفعة لتفاوته من البائع والمشتري جميعاً وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الأجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل الى هنا كلامه وقد اتفقت أثره الشارح العيني (أقول) لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تارة الدليل السابق ذكره دفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الأجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولا يمكن تحققه بينهما من حيث ان الرضا بالأجل في حق للمشتري ورضاه في حق الشفع ووجه الدفع ظاهر من قوله واتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج أصلاً الى ما ذكره الشارحان المزبوران من تقريره فمات لجعل ذلك دليلاً مستقلاً وارجاد سؤال والتمزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة تحسراً كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتب الشفعة سماعاً عند قولهم وبذلك الشفع الدار ما بالراضى أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلاً للراضى واعتبروا كل واحد منهما مستقلاً للمالك

الكامل لانهما من ذوات الامثال وان اشترى اها بعرض أخذها بقيته العرض لجزءه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في مال البقاء فصار كل واحد منهما يعتبر بقيمة العرض وقت الشراء لا وقت الأخذ بالقيمة (قوله وان باع بثمن مؤجل فلا شفع بالخيار) وفي الذخيرة هذا اذا كان الأجل معلوماً فاذا كان مجهولاً لا يجوز له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل قال الشفع انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري ورضاه في حق الشفع لتفاوت الناس في الملاءة (قوله وليس الأجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولا غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر هكذا هذا

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول لا نظره انه جواب عما يقال لشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلاله لان الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفع (قوله لتفاوت الناس في الملاءة) قول أي في لغتي قال المصنف (وليس الأجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الأجل في باب الخبال

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري (٣٢٠) رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) يوهى أن الشفعة علكه ببيع جديد

ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يطل بأخذ الشفعة فيبقى موجه فصار كما اذا باعته بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدي وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لقول أبي يوسف الا تخولان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو ممكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع

(قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية قوله وان أخذها من المشتري رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهى أن الشفعة علكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفة كما هو المختار لكن يقول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه اه واقفى أثر الشارح العيسى (أقول) هذا خبط فاحش منهما مداه عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفعة مع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفعة مع من يد البائع فان لا اختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنقل الى الشفعة بطريق تحول الصفة أم بعد تجديد انما هو فمما اذا أخذها الشفعة مع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفعة مع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بان انتقالها الى الشفعة هناك بطريق تحول الصفة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع واقتضى الى المصنف في اوخر باب طلب الشفعة والخصوصية فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف ههنا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله وان أخذها من المشتري رجوع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يطل بأخذ الشفعة فيبقى موجه فصار كما اذا باعته بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تلك الشفعة في هذه الصورة بعقد جديد كائنه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنامطابقا صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلا وقوله وهو ممكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية

التمن البائع والاجل حق المشتري على البائع (قوله لما بينا من قبل) أى في اوخر باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ في حق المشتري وقام الشفعة مقام المشتري في حق المشتري في حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري (قوله مراده الصبر على الاخذ) وفي بعض النسخ عن الاخذ وهو الصحيح (قوله خلافا لقول أبي يوسف رحمه الله الآخر) وجه قوله الا تخولان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخر وهو في الحال لا يمكن من الاخذ فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لانه لم يرفيه فائدة لا لاغراضه

وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل و بطريق تحول الصفة كما هو المختار لكن يقول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ثم رجوع وقاله أب ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لعدم الفائدة في الطلب لا لاغراضه عن الاخذ وجه قوله ما وقوله أولا ما ذكر في الكتاب وفيه اغلاق وتقرير حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط

قال

الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو ممكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر

(قوله لان الطالب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو ممكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق

وتقر به لانسلم أن المقصود به لا ذواتن كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بان يؤدي الثمن حالا قال (واذا اشترى ذى دار بخمر أو خنزير وشفعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفعها ذى احتراز عما إذا كان مراداً فانه لا شفعة له سواء قتل على رذته أو مات أو لحق بداء الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث (وان كان شفعها مسلماً أخذها ببيعة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير بظاهره يعنى السكونه من ذوات القير واستشكل بان قيمة (٣٢١) الخنزير بها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعسر

العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يجر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفعين واجبة بقدر الامكان ومن ضرره ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفعين والمشتري في مقدار الثمن واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة ان قبض البيع افوات القبض الموقوف بالعهود والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العهدة على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفعين في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحاً وبقاءه ليس بشرط ابقاء الشفعة وبأنى كلامه ظاهر قال

قال (وان اشترى ذى بخمر أو خنزير بدار أو شفعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم السلم والذى والخمر لهم كالحق لنا والخنزير مركباً فاشترى في الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفعها مسلماً أخذها ببيعة الخمر والخنزير) أما الخنزير بظاهره وكذا الخمر لا امتناع للسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وان كان شفعها مسلماً او ذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً ببعض الكل فلو أسلم الذى أخذها بنصف قيمة الخمر لجزءه عن تلك الخمر وبالاسلام ثبوت كدحقه لأن يبطل فصار كما اذا اشترى ابا بكر من وطب فخر الشفعين بعد انقطاعه بأخذها ببيعة الخمر كذا اذا

قوله وهو ممكن من الاخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقر به لانسلم أن المقصود به الاخذ وليس كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بان يؤدي الثمن حالاً انتهى (أقول) فيه انظر أماً ولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي الجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرر الشارح المزبور بعيد جد بل هو خارج عما عليه أدب المصنف في نظائره وأما نانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كذا ذكره الشارح المزبور وفي أول النقر برسم لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل ذلك المصنف عليه وأما نال فلان قوله وليس كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بان يؤدي الثمن حالاً لا يكاد يصلح أن يكون جواباً عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل لا خذ وهو في الحال لا يمتنع من الاخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ في الحال بشئ مؤجل فلا فائدة في طلب في الحال فكونه لانه لم يرفه فائدة لا اعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكنة أن منع عدم تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يؤدي الثمن لا لا يجزى طائلاً في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يمتنع من الاخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء ثمن حالاً ليس على الوجه الذى يطلبه وليس يلزم له البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر في اذالم يختر الشفعين أخذها بشئ حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالاً جواباً عن ابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو ممكن من الاخذ في الحال الخ على تنجيم دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلاً بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كيدل عليه تقر بصاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بشئ حال

عن الاخذ وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بشئ حال كان له ذلك والسكون عن الطلب بعد ثبوت حقه مطلقاً شفعته (قوله وان اشترى ذى بخمر أو خنزير) قوله ذى احتراز عن المسلم فان شراء المسلم عما ذكر فاسد لا شفعة فيه وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذى بمينة أو دم فان الشراء بما يابل لا شفعة فيه أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم يختلف فيه بين المسلم والذى (قوله وشفعها ذى) احتراز به عن المرتد فان المرتد لا شفعة له سواء قتل في رذته أو مات

الشفعة في الحال (قوله) وتقر به لانسلم الخ) أقول فيه بحث الأثر الاخذ في الحال (قوله) وأجيب بان مراعاة حق الشفعين

(٤١ - تكلمة الفقه والكفاية) - ثامن) واجبة أقول وتقر بالجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير بر كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير بر شبهة فلما كانه ضمننا بطلان حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيها اذالم يكن من ضمننا ابطال حق الغير وفي مسائلنا يتضمّن ابطال حق الغير فلم يعمل بم اختلاف ما اذا مر على العاشر اه وفي شرح الكنزى لى انما يحرم عليه تلكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير ورواها اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهما بدلا عن ابدال عن الخنزير ورواها الخنزير

* (فصل) * الأصل في

المشغوع عدم التغير والتغير
بالزيادة والنقصان بنفسه أو
بفعل الغير عارض فكان
جدرا بالتأخير في فصل على
حدة (واذا بنى المشتري فيها
أو غرس ثم قضى للشفيع
بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
أخذ الأرض بالثمن الذي
استراه به المشتري بقيمة
البناء أو الغرس وان شاء
كاف المشتري قلعه وعن أبي
يوسف أنه لا يكاف لقلع
ويخير بين أن يأخذ بالثمن
وقيمة البناء والغرس وبين
أن يترك (وهو أحد قولي
الشافعي وله قول آخر وهو
له أن يقلع ويعطى قيمة البناء
ولابي يوسف أنه يحق في
البناء لأنه بناء على أنه ملكه
والحق في شيء لا يكاف نلعه
لان التكليف بالقلع من
أحكام العدوان واستوضح
ذلك بالمسؤول له فإنه اذا
بنى ليس للواهب أن يكافه
القلع ويرجع في الأرض
وبالمشتري شراء فاسدا ذا
بنى وبالمشتري اذا زرع فإنه
ليس له أن يكافه قلع الزرع
اتفاقا (وهذا) أي باقلنا
انه لا يكاف (لان في ايجاب
الاخذ بالقيمة دفع أعلى
الضررين) ضرر المشتري

يقدر بيمينه بدل الدار فلا
يجوز عليه تخليها

* (فصل) * واذا بنى المشتري
(قوله) فإنه ليس له أن يكاف
قلع الزرع) أقول يعني
ليس للشفيع أن يكاف الخ

* (فصل) * قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن
وقيمة البناء والغرس وان شاء كاف المشتري قلعه) وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع ويخير بين أن يأخذ
بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وبه قال الشافعي إلا أن عندنا أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء لابي
يوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالوهو به
والمشتري شراء فاسدا وكذا اذا زرع المشتري فإنه لا يكاف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى
الضررين

كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مطلق شفعته انتهى تبصر

* (فصل) * مسائل هذا الفصل مبينة على تغير المشغوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل الغير
فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جدراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله) وهذا لان في ايجاب
الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بعمل الادنى فيصار اليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا
أي وهذا المسمى الذي قلنا وهو أن لا يكاف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضاً
ولكن بعبارة شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا انه لا يكاف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف
انه لا يكاف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم ايجاب القلع وجوب قيمة البناء
والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلنا من عدم ايجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل
أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار اليه بكافة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى

أولق بدار الحرب ولورثته لان الشفعة لا تورث هذا اذا كان المرتد شافعاً وما اذا كان المرتد بائعاً يقتل
أومات أولق بدار الحرب يبطل البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا اشترى
المرتد داراً لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى شرط الخيار للبائع
فلا يوجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى شرط الخيار للمشتري فيجب الشفعة به
للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم البائع المرتد قبل ان يلحق بدار الحرب بجزائه وللشفيع فيها
الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل كله في المرتد أو ما الحرب المستأنم في وجوب
الشفعة له وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه
في دارنا فيكون بمنزلة الذي في ذلك فان اشترى المستأنم داراً ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعتهم
لقيه لان لحاقه بدار الحرب كونه وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسلم في دار الحرب
داراً وشفيعها مسلم بداره ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام وحكم
الاسلام لا يجري في دار الحرب ثم في قوله وان اشترى ذي أطلاق ولم يتعرض ان المشتري داراً لبيعة أو كنيسة
لان الشفعة تجري في الجميع والله أعلم بالصواب

* (فصل) * (قوله) ويعطى قيمة البناء) أي يضمن أرض النقصان والبناء للمشتري فالخامس ان عند أبي
يوسف رحمه الله ان شاء أخذ به قيمة البناء والغرس فأمين على الأرض غيره مقلوعين وان شاء ترك وعند
الشافعي رحمه الله ثلث شيارات ثلاث ننان ما قاله أبو يوسف رحمه الله والا تخوانه أن يقلع البناء ويضمن أرض
النقصان والتفاوت بين قول الشافعي رحمه الله وقوله ما في الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع
وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر في التنبيه لأصحاب الشافعي رحمه الله أن للشفيع أن يقلع والقولع للمشتري
ويضمن الشفيع أرض القلع (قوله) وصار كالوهوب) يعني ان الموهوب له اذا بنى في الأرض الموهوبة
ليس للواهب أن يقلع بناءه ويرجع في الأرض لأنه بناء في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسداً عند أبي
حنيفة رحمه الله وكذا اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يترك الزرع (قوله) وهذا لان
في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين) أي قول أبي يوسف رحمه الله انه لا يكاف المشتري قلع البناء

بضم الادي فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل يتعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذ بنى في الموهون وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيه ماضٍ

مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلاً عليه فينبغي أن يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ على ما هو الظاهر عند تعدد الادلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه اذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتماسات هذا المسألة اعياها الى أن مفاد الدلائل مختلف من حيث الانتماء والامية وان كان أصل المدعى واحداً وكان ما صاودا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعل في موارد ما قد كنت نيت علم من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفيع في تعليق قوله وتلك بالاخذ اذا ساهما المشتري أو حكمهما كما لان الملك للمشتري تقدم فلا يتقبل الى الشفيع الا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبتت الملك أولاً للمشتري ثم ثبتت منه الى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتلك بخلاف الاستحقاق ومؤخره اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفيع أن الشفيع أحوالاً ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتلك وان الاول يثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالأشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليط من جهة من له الحق (أقول) فيه بحث لان المصنف عاين الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيه ماضٍ فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلاً بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليق الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت له كون حق الاسترداد فيه ماضياً لكون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعاً الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجهاً آخر معطوفاً على الاول وان لم تكن له ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليلاً للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عند أبي حنيفة بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجهه ظاهر الرواية فالعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد حينئذ يكون التعليق بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظر الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليق بقوله ولان حق الاسترداد فيه ماضٍ ناظر الى قوله فيه لان حقه أقوى من حق المشتري فيتم التعليقان معاً بلا غبار وقال جهو الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة لانه لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذ بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضاً فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلته هذه بقوله وصار لان في ايجاب الاخذ بالقيمة تدفع أعلى الضررين ببيان انه اجتمع ههنا ضرران لانه في تكليف المشتري القلع ضرراً لاجاره ولو أوجبتا جهة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الآن له جاز لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والضرر ببطلان الموهون من الضرر بغير بدل فيصار اليه (قوله من غير تسليط من جهة من له الحق) احتراز عن الهبة والشراء الفاسد (قوله وغيره من

(قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

ولهذا لا يبق بعد البناء وهذا الحق يبق فلما عني لا يجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يعلق قياسا وانما لا يعلق

كالهروب له والمشتري شراء فاسدا فان حوارة الاسترداد في الشراء الفاسد ينفي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلم كما هو مذهب أبو يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غايه البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا الاحتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياس المزرع لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحبه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سيما على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد ثم أقول الأوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الإيضاح حيث قال وذكر في الإيضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الأول وقوله آخر مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلم الخ هذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال وهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري ثمنه وهذا رواية تخرج عن أبي يوسف ورواية ابن سماعه وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غايه البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تعميم المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قول أبي يوسف فيها وهو قوله الأول كما عرفت فتدبر (قوله) ولهذا لا يبق بعد البناء وهذا الحق يبق قال صاحب غايه البيان هذا الإيضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبق على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا يبق يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء باني في الشراء الفاسد اه (أقول) نظره ساقط جدا لان هذا الإيضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما مر به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن يني المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والإيضاح على مذهبه فلامعني أقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قبل فيه نظر لان الأستة زاد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبق على مذهب أبي حنيفة فلا استدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولا ولما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال للحل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وثاني في الثاني فلان الظاهر

تصرفه (كأذا جعل المشتري الأرض مسجدا أو مقبرة

(ولهذا لا يبق بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبق) ولا يلزم من عدم تكليف القلم خلق ضعف عدم خلق قوى قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبق على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولا ولما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لا يجاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلم فلا معنى لا يجاب القيمة على الشفع لان الشفع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس ثم استحق جع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يعلق) جواب عن قوله وكذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (قوله قبل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني

لان قوله وهذا لان حقه أقوى من حق المشتري فمن ذلك لان الترجيح يدفع على الضرر من بالاهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطول بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشغوعة وصنعها بأشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصنع وبين أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على (٣٢٥) الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن

النقص لا يتضرره المشتري

كثير السلامة النقص له

بختلاف الصنع وقوله

(واذا أخذها بالقيمة) معطوف

على مقدار رد عليه التخيير

وتقر به الشفيع بالخيار

ان شاء كلف القلع وان شاء

أخذ بالقيمة فان كلفه فذلك

وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته

مقلوما كما بيناه في الغصب

(ولو أخذها الشفيع فبني

فيها أو غرس فاستحققت

الأرض رجح بالثمن) لا غبر

أخذ من البائع أو المشتري

(لأنه تبين أن يأخذ كان

بغير حق) وعن أبي يوسف

أنه يرجح بقيمة البناء

والغرس أيضا لأنه متمم

عن المشتري فتر لا منزلة

البائع والمشتري ثم المشتري

في صورة الاستحقاق يرجح

على الثمن بالثمن وقيمة

البناء فكذا الشفيع

(والفرق على المشهور) من

الرواية ما ذكره أن المشتري

مغرور) ومسلط على البناء

والغرس (من جهة البائع)

ولا تسلط في حق الشفيع

من المشتري لأنه مجبور عليه

قال (واذا أهدمت الدار الخ)

كلامه ظاهر والتأمل فيه

يرشد إلى أن في قول من قال

أنهم يعني أئمتنا زعموا

استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذها بالقيمة يعتبر قيمته مقلوما كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحققت رجح بالثمن) لأنه تبين أنه أخذها بغير حق ولا يرجح بقيمة البناء والغرس على البائع ان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف أنه يرجح لأنه متمم على منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه قال (واذا أهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف فحجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذلك فلا يقابلها شيء من الثمن مالم يصرف مصادرا ولهذا جاز بيعه مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الغائب بعض الأصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يتمتع عن تلك الدار بما له قال (وان نقص

أن الدليل الظاهر الذي كان عدم قيام حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كافي للبيع الصحيح فانه المذكور دليل على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يمتنع عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامه انه تبين بغير حق قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا تغرور في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه) أقول كان الأولى أن يقال ولا تغرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري ليعلم ما أخذ من البائع وما أخذ من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجح بقيمة البناء والغرس على البائع ان أخذ منه ولا على المشتري ان أخذ منه وعن هذا قال في الكافي ولا تغرور في حق الشفيع لأنه متمم عن صاحب اليد جبرا غير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن البسوط ولا غرور في حق الشفيع لامن جانب البائع ولامن جانب المشتري لأنه متمم عن صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجح اه ورد صاحب الإصلاح والايضاح التعليل بالأخذ جبرا حيث قال انما لا يرجح بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجح على البائع لانه مغرور من جهته

(قوله وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوما كما بيناه في الغصب) أي ان أخذ الشفيع بالقيمة يعتبر قيمته مستحق القلع كذا كر في الغصب (قوله وعن أبي يوسف رجحه الله انه يرجح لانه متمم عليه) أي لان الشفيع متمم على من أخذ منه فبطل الشفيع ومن أخذ منه منزلة البائع والمشتري اذا بنى واستحققت فانه يرجح بقيمة البناء على البائع وجه المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما يثبت لرفع الغرور والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا من جهة البائع ولا تغرور في حق الشفيع لانه متمم صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه فلا يرجح (قوله لان البناء والغرس تابع) وهذا لان قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف فكان بمنزلة العين في الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيان من الثمن اذا كان باقية مما وى لان الثمن بمقابلة الأصل دون الوصف فان قيل الطرف انما جعل وصفا من العبد ونحوه لانه لا يجوز اراد العقد عليه مقصودا ما هو ناراد العقد على البناء مقصودا جاز فيجب أن يعتبر أصلا كالعرصة ويجب بمقابلة شيء من الثمن قلنا انما يجوز اراد العقد على البناء بشرط القلع وعند ذلك يصير أصلا ما اراد العقد عليه وهو تابع لا يجوز بمنزلة العين من العبد

أن البناء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الأرض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار نفسا لقلة التأمل فان منشاء الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا قامت من غير صنع أحد وأما بعض الأرض فليس بوصف لبعض أو خوف لا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقص

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا هم أن في قوله والتأمل فيه يرشد إلى أن في قول من قال الخ

المشتري البناء قبل الشفيع ان شئت نفذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقال له
 شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باق فتمساوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقص) لانه صار مقصولا
 فلم يبق تبعاً قال (ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها غمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناها اذا ذكر الثمر في البيع لانه
 لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس يتبع ألا يرى انه لا يدخل
 في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في
 الدار وما كان مركباً فيه فباخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها ليس في النخل غمر فأغمر في يد المشتري)
 يعني باخذه الشفيع لانه مبيع تبعاً لان البيع مري اليه على ما عرف في ولد المبيع قال (فان جده المشتري ثم
 جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً) لانه لم يبق تبعاً للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصوداً لانه فلا
 يأخذه قال في النكاح (وان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل
 الاول) لانه دخل في البيع مقصوداً فبقا له شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع
 الثمن) لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد فلا يكون مبيعاً لا تبعاً فلا يقا له شيء من الثمن والله أعلم
 * (باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب) *

(أقول) ليس ذلك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد
 نفسه أيضاً أخذ في القيد في تعريفها حيث قال في منتهى الشفعة ثلاث مبيع عقار جبراً بمثل ثمنه وفسر في
 شرحه قيد جبراً بمعنى بتم صورة الاخذ بالتراضي أيضاً حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لأنه يعتبر عدم اختياره
 ولا يخفى أن توجيهاً هناك هو التوجيه هنا لا يدخل بالفرق بين المشتري مع المانع وبين الشفيع مع خصمه
 لتسام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول
 واعتبار عدمه في الثاني تأمل توقف بقى شيء في كلام صاحب الاصلاح والابحاح وهو أنه في كون مدار الفرق
 الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلعلنا قل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم
 الغرور في الشفيع كون البائع مختاراً وخصم الشفيع مجبوراً كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير
 الى مانعاه وان كان سببها غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضا خصمه وبين المشتري من
 البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشترطه تقرير صاحب
 النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان
 البائع التزم للمشتري السلامة والظاهر أن خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلزم له السلامة
 فافترقا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

* (باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب) *

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجمل لان التفصيل بعد الاجمال كذا في

(قوله ان شئت نفذ العرصة بحصتها) يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض
 بحصتها من الثمن (قوله وما كان مركباً فيه) كالأبواب والمفاتيح والأغلاق والسلم المركبة (قوله على ما عرف
 في ولد المبيعة) الجارية المبيعة اذا ولت ولداً قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد
 أيضاً ملكاً للمشتري كله (قوله فأغمر في يد المشتري) قيد بقوله في يد المشتري لانه اذا أغمر في يد البائع قبل القبض
 ثم قبضه المشتري له حصته من الثمن كما اذا كان موجوداً في وقت الشراء (قوله في الفصلين جميعاً) أي في فصل
 ما اذا كان في النخل غمر حين وقوع الشراء ثم جده المشتري وفي فصل ما اذا لم يكن في النخل غمر ووقع الشراء
 على الارض والنخل فأغمر في يد المشتري ثم جده المشتري لا يأخذ الشفيع الثمر في الفصلين (قوله وهذا جواب
 الفصل الاول) وهو ما اذا ابتاع أرضاً وعلى نخلها غمر والله أعلم بالصواب

* (باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه) *

المشتري البناء) فالشفيع
 ان شاء أخذ العرصة بحصتها
 من الثمن وان شاء ترك لان
 البناء صار مقصوداً بالاتلاف
 ويقا له شيء من الثمن وقد
 مر في البروع (وليس
 للشفيع أن يأخذ النقص
 لانه صار مقصوداً فلم يبق
 تبعاً) فبقى منقولاً ولا شفعة
 فيه وقوله (ومن ابتاع
 أرضاً) ظاهر وقوله (وما
 كان مركباً فيه) يعني مثل
 الأبواب والسرور المركبة وقوله
 (على ما عرف في ولد المبيعة)
 يعني أن الجارية المبيعة اذا
 ولت ولداً قبل قبض
 المشتري يسرى حكم البيع
 الى الولد حتى يكون الولد
 ملكاً للمشتري كالأول وقوله
 (في الفصلين) يريد به ما اذا
 كان في النخل غمر وقت الشراء
 ثم جده المشتري وما اذا لم
 يكن ثم غمر ثم جاء الشفيع
 لاتحاد العلة وهو عدم
 اتصال لان التبعية كانت
 به وقد زالت وقوله (في
 النكاح) يعني مختصر
 القدوري والله أعلم

* (باب ما يجب فيه الشفعة

وما لا يجب) *

* (باب ما يجب فيه الشفعة

وما لا يجب) *

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفع المونة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربيع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سبب الاتصال في المالك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ماصر وانه ينظم القسمير ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولاشفعة في العروض والسفن) اقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربيع أو حائط وهو حجة على ما في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والمالك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر لاشفعة في البناء والفخ اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان تقليدا وهذا بخلاف العلوحيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن

الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفهيمهم العقار به ذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربيع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كفي قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة به غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط ثم أقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اه فلعن ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عنده صاحب المغرب كما يشعر به تجريده وما ذكره جهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منها فكذا ثم سم اختاروه ههنا ليكون المناسب للمقام من الشفعة مما ثبت في الضيعة ثبت في ابدار ونحوها أيضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الزاء والفاء قال بالفتح الارض والضياع والفخ ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اه وقال في فصل الضامن باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار ولا يماثل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والفخ ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص بالاخص كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن) اقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربيع أو حائط) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضا كضيعة خالصة لا وليس كذلك قطعة كيف يتم التمسك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليهم ما بالنسبة الى جميع اعداءها فلا يرد المخدور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا

(قوله الشفعة واجبة في العقار) وهو كل ماله أصل من دار أو ضيعة والربيع الدار حيث كانت في المصر أو القرى (قوله وما لا يقسم هو الحمام والرحى والبئر والطريق) أي لا يتحمل القسمة أي لو قسم قسمة حسبة لا يتقسم بها كالحمام والرحى أي بيت الرحى مع الرحى وقال الشافعي رحمه الله لاشفعة فيما لا يقسم والخلاف بيننا وبينه واجع الى أصل وهو ان أصل الشافعي رحمه الله ان لا يذهب بالشفعة لدفع ضرر مونة القسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يتحمل القسمة وعندنا لدفع ضرر التاذي بسوء المجاورة على ادوام وذلك فيما لا يتحمل القسمة. وجود الاتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأييد والقرار (قوله الا في ربيع أو حائط) في المغرب الحائط البستان وأصله ما أحاط به (قوله بخلاف العلوحيث يستحق بالشفعة) يتعلق بقوله ولا شفعة

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب به وذكر الوجوب مجمل لان التفصيل بعد الاجال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أي ثابتة في العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أي لا يتحمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ الفصاع مع الحمام لانهم اغبر منه له والمراد بالرحى بيت الرحى والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحساب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما سكن في ضرورة الشعر وقوله (اذالم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقات الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لفي الشفعة اذا كان له طريق في السفن بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدا على الجار

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال (٣٢٨) ابن أبي ليلى الشفعة فرق شرعي فلا يستحقها من يشكر الشرع وهو الكافر ولنا

العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا أو مكاتباً) فان كان البائع غير المولى فلا عبد المأذون الشفعة مدوناً كان أو لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المدون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بها هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات القيم الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا

اذالم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعمومات ولان ما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي في الذكرو الانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذوناً أو مكاتباً قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة

الى ما يعم شيأ مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجام في السفن كذا كره المصنف فتأمل (قوله) واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعرض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا بائناً سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به التملك اهـ (أقول) لقائل ان يقول لم يجوز ان ياخذ به بعوض بالسبب الذي تملك به التملك وهو الوصية بعوض لا يقال لا يتصور الوصية بدون رضا الوهاب والتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بعوض فلا عيب في الشفع اخذه بعوض لا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا التملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا التملك بخروج الموهوب من يده بعوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأما الهما ماذ كرفي الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بما اوضحته لعمالها ثبتت بخلاف القياس لا تارفي

في البناء والعلو بجر دبناء فكان ينبغي أن لا يكون فيه شفعة الا أنه التحق بالعقار (قوله) اذالم يكن طريق العلو فيه) أي في السفلى هذا البيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو انثى الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له طريق في السفلى كان استحقاق صاحب العلو الشفعة في السفلى بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه يكون مقدماً على الجار كما لو يبيع العلو وكان ذلك العلو طريق في دار رجل صار صاحب الدار التي فيها الطريق أولى من صاحب الدار التي عليها العلو لما مر ان الشريك في الطريق مقدم على الجار (قوله) والمسلم والذي في الشفعة سواء) وقال ابن أبي ليلى لاشفعة للذي لان الاخذ بالشفعة فرق شرعي فلا يشتلن هو منكر لهذه الشريعة وهو الكافر ولكن ناخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد نأيد ذلك بما مضى عن رضي الله عنه ثم أهل الزمة فذا التزموا أحكام الاسلام فيرجع الى المعاملات والاشفعة من المعاملات وهو مشرع ودفع الضرر عن الشفع والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين (قوله) والصغير والكبير أي سواء وهذا عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة للصغير لان وجوب الدفع ضرراً لا يذلي لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار لان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستاجر ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ بالدفع الضرر في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجاً الى ذلك في الحال وكذلك تثبت الشفعة عندنا للبعين أيضاً (قوله) والعبد اذا كان ماذوناً وهذا اذا كان بائع الدار غير المولى فالمسئلة تجري على عمومها أما اذا كان البائع مولى العبد والعبد شفعها فلا عبد الشفعة ذا كان عليه دين والا فلا وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله

لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي يملك به التملك وعلى هذا

على

رفوله واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبر ان في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ

(لاشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخال المراء بها أو يستأجرها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عبد) أي غير دار من عبد أو حائز
و يصالح بها عن دم العبد أو يعتق عليها عبدان الشفيع لا يقدر على تلك هذه الأشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما علق به وكان
تفريع هذه المسائل على الأصل المذكور وهو قوله لأنه لا يمكن مراعاة شرط الشرع الخ (٣٢٩) كافيًا ولكنه استدلل عليه بدليل

مستقل وهو قوله لأن الشفعة

عندنا إنما تجب الخ من ظهورها

وعند الشافعي تجب فيها

الشفعة لأن هذه الاعراض

مستقومة عنده فمكن الأخذ

بقيتها وهو مهر المثل وأجر

المثل في التزوج والخلع

والأجرة وقيمة الدار والعبد

في الصلح والاعتاق (أن تعذر

الأخذ بمثلها كفي البيع

بالعرض بخلاف الهبة لأنه

لا عوض فيها أصلاً) وقوله

أي قول الشافعي رحمه الله

(يتأتى فيما إذا جعل شقضا

من دار مهر أو ما يضافه)

أي ما يضافه المهر كبديل

الخلع والأجر (لأنه لا شفعة

عنده الأقبه) حيث لا يرى

الشفعة لأني الجوار ولا فيها

لا يقبل القسمة كالتام

(ونحن نقول) جواب عن

جعله هذه الاعراض

مستقومة وتقريره أن تقوم

هذه الاعراض أمان يكون

مطلقاً أو ضرورياً أو لا

ممنوع والثاني مسلم ولكن

لا يظهر في حق الشفعة (قوله

وكذا الدم والعق غير

مقوم) وإنما أفردهما

لأن تقومهما أبعداً منهما

لئلا يبين فضلاً عن

التقوم واستدل على ذلك

بقوله (لأن القيمة تقوم

مقام غيره

على ما مر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخال المراء بها أو يستأجرها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عبد أو يعتق عليها عبدان) لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال ما بيننا وهذه
الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها
الشفعة لأن هذه الاعراض مستقومة عنده فمكن الأخذ بقيتها أن تعذر بمثلها كفي البيع بالعرض بخلاف
الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقضا من دار مهر أو ما يضافه لأنه لا شفعة عنده الأقبه
ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الأجرة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا
الدم والعق غير مستقومة لأن القيمة ما يقوم مقام غيره

معوضة مال بـ مال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الاعراض مستقومة عنده
فمكن الأخذ بقيتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والأجرة وقيمة الدار
والعبد في الصلح والاعتاق اهـ (أقول) في قوله وقيمة الدار أنظر إذا الكلام في قيمة الاعراض التي جعلت بدلا
لدار في الصور المذكورة لا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العبد فالواجب عند
الشافعي قيمة دم العبد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العبد وضامن الدار صارت قيمته قيمة
الدار لأننا نقول لواقع هذا القدر أن تصبح قيمة أحد العوضين قيمة الآخر لكان قيمة الاعراض
المذكورة في الصورة المذكورة كلها قيمة الدار لتكون كل منها عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع
النصر بـ بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أي ضامن بعض الفضلاء ما تنبه لأجل ما قلنا قال كأن
الكلام في قيمة الاعراض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل اهـ (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحق بالدار في
المواخذة فإن العبد ما هو في جانب الاعراض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكأن الكلام في
قيمة الاعراض لا يتأتى اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من
يجعل الاعتاق مستقوماً لا يبله من الميراث في قيمة العبد في نقيضه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا
فسيجي عن بعد (قوله وكذا الدم والعق غير مستقوم) قال في العناية إنما أفردهما لأن تقومهما أبعداً منهما
لئلا يبين فضلاً عن التقوم اهـ (أقول) فيه بحث لأن تمامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة
مالاً وان لم تكن مستقومة وإيس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما
قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح أن المنافع ليست بأموال على أصلنا

الشفعة لأن بيعه كان أغرمائه (قوله على ما مر) أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع في قوله ومن اشترى داراً
بعرض أخذها الشفيع بقيته (قوله لأن هذه الاعراض مستقومة عنده) أي عند الشافعي رحمه الله لأن
التقوم حكم شرعي والشرع جعل هذه الأشياء مضمونة بهذه الاعراض وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء
الآبري أن الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع مستقومة عنده كالأعيان فإذا جعل الدار عوضاً عن
البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الأخذ به أنه يأخذ بقيته وهو مهر المثل كالأشياء بغيره وبقول
الشافعي رحمه الله إنما يتأتى فيما إذا جعل شقضا من دار مهر لأنه لا يرى الشفعة بالجوار (قوله أو ما يضافه)
أي ما يضافه المهر كبديل الخلع والأجرة إذا جعل شقضا من داره بديل الخلع والأجرة ونحن نقول أن تقوم منافع
البضع في النكاح وغيرها ضروري والحجة عليه في الثلاثة الأولى أن تقوم منافع البضع بالعقد ضروري فلا
يظهر في حق الشفعة وهذا لأن المال ليس بمثل له. تحقق بعقد النكاح لا ضرورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له لأن

(٤٢) - (تكملة الفقه والكفاية) - (نامن) (قوله كافيًا) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعراض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وإنما أفردهما) أقول فيه شيء لا يخفى

جوابه

لأنه مبادلة المال بالمال
واعترض بأن البيع بمهر
المثل فاسد لجهالت ولا شفعة
في الشراء الفاسد وأجيب
بأنه جائز أن يكون معلوما
مندهما وبأنه جهالة في
الساقط لا تنفي إلى المنازعة
والمفسدة ما أقضت اليها (ولو
تزوجها على دار على أن ترد
عليه ألفا فلا شفعة في جميع
الدار) أي في شيء منها (وقال
تجب في حصة الألف) تقسم
قيمة الدار على مهر المثل
وألف درهم (لأنه مبادلة
مالتي في حقه) أي في حق
ما يخص الألف وأبو حنيفة
وجه الله يقول معنى البيع
فيه تابع والمقصود هو
النكاح (ولهذا ينبغي قد
يلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح) فيه ولو
كان البيع أصلا يفسد كما
لوقال بعث منك هذه الدار
بألف على أن تزوجيني
انفسك وقوله (ولان
الشفعة) دليل آخر وفيه
إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة
تنفي إلى المبادلة المالية
وأما أن تكون هي المقصودة
فمنوع وجهه أن كونها
مقصودة لا بد منه ألا ترى
أن المضارب إذا كان رأس
المال ألفا فأنحر ورجم ألفا

والحق عندي في تعليل أن تقومهما بعد أن يقال لانهما الميسمتان ومن أصلاً أي لا بالتقوم الضروري
قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعدد
النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضموناً بالمهر ابانة لخطره واعظاً لما قدره وصوناً لهذا العقد عن
التشبه بالا باحتفاظه بتقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لما كان الضرورة فلا يظهر معنى
التقوم في حق الشفيع وكذا المنافع ليست بأموال عندنا ولهذا لا يضمن بالغصب والاتلاف على ما حرم في
الغصب وانما يظهر تقومهما في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد من العتق
والدم ليس بمال فضلان ان يكون متقوماً أما العتق فلا نه ازالة واسقاطاً وأما الدم فلا نه ليس من جنس الاموال
وايجاب الدية لصيانتها عن الاضرار (قوله في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية فان قيل الدار تضمن بالقيمة
والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبردي ضمن بالقيمة
قلنا بل المعنى الخاص المطلوب منها المالية الا ترى ان من أنف ثوب انسان أو قلع بناء دار انسان يضمن
قيمة اولاد ذلك الا باعتبار المالية وقد لا تكون الدار للسكنى والثوب للبس (قوله بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل)
يعني تجب الشفعة فان قيل كيف يأخذها والبس فاسد لجهالة مهر المثل قلنا جاز ان يكون معلوماً عندهما
ولانه جهالة في الساقط فلا يقضى الى المنازعة فلا يفسد البس (قوله ولا شفعة في جميع الدار) أي في شيء من
الدار (قوله حتى ان المضارب اذا باع دار انفهار بجمع لا يستحق رب المال الشفعة في حصته الربح) أي في حصته بجمع
المضاربة لكونه بائعاً صورته اذا كان رأس المال ألفاً فاجتبر المضارب وربح ألفاً ثم اشترى بالعين داراً ورب
المال شفعيها ثم باع الدار بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصته المضارب من الربح باعتبار ان اربح
تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البس (كان لرب المال ان المضارب وكل
لرب المال في حصته وليس في بيعه ولو كسب شفعة للموكل فكذلك في حصته الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى
المضارب داراً ورب المال شفعيها بداره أخرى فله ان يأخذ الشفعة لان شراء المضارب وان وقع له ولكن في
الحكم كانه مال ثالث الا ترى انه لا يقدر ان يتزعم منه فيكون له وذو كرم محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وليس

المال ثم ما عها بالالف فان رب المال لا يستحق الشفاعة في

قال المصنف (ولان الشفعة تبرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التنازع بين الدليلين

أو يصلح عليه ما يانكاز على قوله أو يعتق عليه ما يانكاز من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصح بلفظها عليها كل وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقد بدلت لأنه إذا كان من جنسه بان يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً إلا أن يكون بعوض مشروط في العدة ولا بد من القبض فإنه إذا وهب دار الرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة لأنه لا بيع مالم يتقابض (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررنا في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتفاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروط في العدة فإنه لا تثبت الشفعة في الموهوب (٣٣١) ولا في العوض إن كان العوض داراً

(لأن كل واحدة منهما مطلقاً عن العوض الآخر) أنيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع الشفعة كافي البيع الفاسد فلا يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصبح) لأن البيع به بغير سبيل الزوال للمالك عند ذلك وقوله في الصبح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وان اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفع

إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الآن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انتفاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررنا في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العدة لأن كل واحد منهما هبة مطلقاً لأنه أنيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصبح لأن البيع بصير سبيل زوال الملك عند ذلك (وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تنبئ عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفعين وان بيعت داراً إلى جنبها وخيار لأحد هذا فلا أخذ بالشفعة أملاً للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو فسخناه في البيوع فلا نعيده ولا بغير الضرر وروى كما مر آنفاً (قوله وفيه اشكال أو فسخناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة إذا كان رب المال لا يملك شيء من البيع ما يدل على أن المضار بليس بوكيل بالبيع من جهته ألا ترى أن رجلاً لو وهب من آخر داراً واسطاع العدل على بيعها إذا حل أجل الدين حتى يستوفي الدين من الثمن لم يكن للراهن أن ينهها عن البيع وان باعها العدل والراهن شفعها بداره أخرى لم يكن للراهن أن يأخذها بالشفعة لأن العدل وكيل الراهن بالبيع مع أن الراهن لا يملك شيء من البيع (قوله إذا لم يكن من جنسه) أي من جنس حقه أي إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به لأنه حينئذ يكون أخذاً عين حقه في زعمه فلا شفعة (قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يريد به قوله ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً (قوله ولا بد من القبض) وهذا عندنا خلافاً لفرقة الله فإنه إذا وهب داراً على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقابض وبعد التقاض يجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقاض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة أن الهبة بشرط العوض عنده يبيع ابتداء وانتهى وعندنا هبة ابتداء وبمقتضى البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين (قوله ولا شفعة تنبئ عليه) أي على زوال ملك البائع على ما مر أي في أوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة تجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار (قوله وإذا أخذها في الثلث) إنما قيد بالثلث لتكون المسئلة على الاتفاق (قوله وجب البيع) أي تقرر البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وإنما ذكر هذا لأن المشتري بشرط الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفعين الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ من الأصل حينئذ لا يمكن الشفعين من طلب الشفعة لأن هذا ليس ما قاله بل انفساخ من الأصل فكان السبب منع ما في حقه من الأصل (قوله وفيه اشكال أو فسخناه في البيوع)

البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفعين وان بيعت داراً بجنبها والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري) فله الأخذ بالشفعة أملاً للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها (فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعها لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقراره لملكه في مدة الخيار نقض البيع لأنه لو لم يجعل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يتحقق بزوالها المتصلة والمفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تتحقق إلا بالملك فكان تناقضاً وقوله (أو فسخناه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير واجبة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى

دارا على أنه بالخيار في بيعت دار يجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى ولو كان الخيار له مالم تثبت الشفعة فلا حصل خيار البائع للاجل خيار المشتري (قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة يجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم اذا حضر شفيع الدار الاول) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاول حين بيعت الثانية قال (٣٣٢) (ومن ابتاع دارا شرعا فاسدا) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا شرعا فاسدا

تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحح الحق الشفعة بان على حاله ألا ترى أن النص راى اذا اشترى من نصرا في دارا بخمس ولم يتقا بضاحي أسلم أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفعة في الشفعة بان لان فسادا بعد وقوعه صحح قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) يعني الاخذ بالشفعة واعتراض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المقصد في حق الشفعة كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا فساد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بان فساد البيع انما ثبت لغيره راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو الفساد

وإذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما يبيع يجنبها بالشفعة لان خيار الرضى لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاول له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاول حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شرعا فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار في بيعت دار يجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أو ضحى في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعيده بان عن أن يكون مراده بقوله أو ضحاه في البيوع ايضا في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شي في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا بعد اعادة والازم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها من كورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا شرعا فاسدا) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا شرعا فاسدا تلويح الى أن عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحح الحق الشفعة بان على حاله اه وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحح بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء فيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا الى الاولى والصواب أن وجه التلويح الى ذلك هو أنه جعل قوله شراء فاسدا قيد الاتيان الذي هو أصل العقد فلم يه أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لا يستره (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد) واعتراض عليه بانه لم لا يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفعة لثلا يلزم تقرير الفساد وان وهو قوله ومن اشترى على أنه بالخيار في بيعت دارا يجنبها وأخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى أن قال وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أي حقيقته ووجه انه خاصة والاشكال ان المشتري بخيار الشرط لا عاك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستاجر والمستعير والجواب ان المشتري صار أحق بهامع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار يجنب داره (قوله وبعد القبض لاحتمال الفسخ) لان كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه

اثبات

في نفسه يجعل الخمر ثمنا فلأستعطف العوض لفساد فيه رجع البيع بلائع وهو

فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفساك البيع الفاسد عن مفسد أو ما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط

(قوله تلويح الى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني الاخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلأستعطف العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد هنا

خبر وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرر بالجواب أن المشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفاً بحيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة وذلك بوجوب حق الشفعة كما لا بد من ذلك والمكتاب إذا بيعت دار يجنبها وفي انعقاد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملاً فيها لكن في الخيار للمشتري عملاً التصرف في الحال على وجهه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا عملاً لأنه ممنوع عن التصرف واعتراض باننا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل أنه أن يبيع بها ويجوز ألا يبقى لبايعه حق النقض وفيه تقرر الفساد أيضاً واجب باننا نسلم أنه ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على المحذور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحل للمرأة على زوجها الأول وتقرر بالفساد المأمور بنقضه من الشرع ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع القاسد ذلك والبيع المحذور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد في إثبات حق الشفعة تقرر به أنه كان كافياً وروى الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وإن كان ثابتاً بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة (٣٢٣) إلى أن الشفعة تنصق على المالك

بذلك غير مظهر أو على من صار أخص بالبيع تصرفاً والمشتري بالخيار وإن لم يكن مالكاً فهو أخص بالتصرف والمشتري شراء فاسداً ليس منه ما كان سقط الفسخ بالزيادة في البيع كالبناء والغرض عند أبي حنيفة وبالسبع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وإن بيعت دار يجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وإن سلمها إلى المشتري فهو أي المشتري) ضعيفاً لأن المالك لا يقال في ذلك تقرر الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بأشراء القاسد لا بنا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة يمكن

إثبات حق الشفعة تقرر به الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لأنه صار أخص به تصرفاً وفي البيع القاسد ممنوع عنه قال (فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وإن بيعت دار يجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقائه ملكه وإن سلمها إلى المشتري فهو ضعيفاً لأن المالك ثبت في حق المشتري كإثبات الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفعين فيسقطها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفعين وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت للمعني وأجيب إلى العوض أما بالشرط في فسخه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر تخمناً فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلائ وهو فاسد أيضاً فلا يمكن انعكاس البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هنالك وأما الخيار فأنما يثبت للمشتري المعني خارج عن العوضين أذهولتأمل والتروى فباسقاطه في حق الشفعين لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زيادة في الشرع أو ورد به بعض الفضلاء على قواهم فلو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلائ حيث قال فيه بحث إذا الحاجة إلى إسقاط العوض بل يكفي إسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبراه (أقول ليس هذا بشئ لأن شياً من إسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع القاسد بدون إسقاط نفس العوض مما إلى التناقض (قوله بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ لأنه صار أخص به تصرفاً وفي الفساد ممنوع عنه (قوله فإن سقط الفسخ) بأن باع المشتري من آخر وجبت الشفعة لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور أو ينقض البيع الثاني ويأخذ بالبيع الأول بقيمته فان قيل إذا نقض البيع الثاني صار كأن لم يكن فيعود حق البائع في النقض فلا يكون للشفيع حق الأخذ كقبول البيع الثاني لأنه منتهى من الأصل قلنا إن البيع الثاني صحيح من قبل المالك المشتري وإنما ينتقض لحق الشفعين فيا يكون من مقتضيات حق الشفعين لا يصلح أن يكون مبطلاً لحقه في الأخذ بالشفعة لأن تناقض من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لا تقبل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفعين بوصف الفساد وفي ذلك تقرر به فلا يجوز أن قبل المالك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع محقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسداً فان بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرمون في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للمرهن إذا بيعت دار يجنبها وامتناع الشفعين عن الأخذ في ذلك المسألة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرر الفساد ولا تقرر به هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بفساد

من نقض المشتراة شراء فاسداً مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لا تقبل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفعين بوصف الفساد وفي ذلك تقرر به فلا يجوز أن قبل المالك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع محقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسداً فان بقاء ذلك منع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرمون في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للمرهن إذا بيعت دار يجنبها وامتناع الشفعين عن الأخذ في ذلك المسألة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرر الفساد ولا تقرر به هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بفساد

(قوله من فرض عدم وجوده أقول فيه بحث) قوله واعتراض باننا نسلم أنه الخ) أقول لفظ الأخذ يتكفل بدفع هذا الاعتراض فإنه لا يبقى تصرف البائع فيها إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع القاسد فاستأمل فإن قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب باننا لا نسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالبيع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضته وقوله لا نسلم نسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة الخ) أقول واستظهاراً أيضاً وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمناً

(ثم ان سلم البائع) الدار المباعة بالبيع الفاسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المباعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم به ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه ما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال (واذا اقتسم) (٣٣٤) الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة (الح) واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة) ولا نهالو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه

لا يتصور أما الاول فلان اسقاط الشرط المقسد الرجوع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما المكان عدم اسقاط ما يصلح لان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثاني فلان اعتبار قيمته مثل الخرف في البيع الواجب بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخرف ليس بحال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لا القيمة له وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه ملائمة وما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم يبيع ببيع وشفعة ثابتة فيه كما في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى للافراد المذكور أصلا (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولا نهالو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اهـ (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تخرج عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي يزول به ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور وعدم وجوبها للجار الآخر الذي يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم الترتيب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شركاء والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اهـ (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شركاء قبل الاقسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما

البيع الثاني انما كان لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة (قوله لان قبله فسخ من الاصل) أي قبل القبض فسخ من كل وجه وان كان بغير قضاء لعدم تمام الملك ولهذا ينفرذ الراديه من غير ان يحتاج الى رضا صاحبه أو قضاء قاض (قوله ولا تصح الزاوية بالفتح عطفا على الشفعة) في الكافي للنسفي رحمه الله وصححه شمس الأئمة السرخسي الرواية بالفتح أيضا وقال لا يثبت خيار الروية في القسمة سواء

لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة) ولا نهالو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار روية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا بيني فيما اذا كان الردي بالقضاء بين القبض وعدمه وأما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدر في فسخها الشفعة على ما ذكره في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدر في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه

نظر لانه ينافي قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين والشفعة وما هو صحيح منها وأما رواية الكسرى فنعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار روية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما رواية الفتح فقد أثبتتها لقبيد أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار روية في قسمة لانه لو رده بخيار الروية فهو متعذر من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وأنكره في الاسلام كالصديق الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كذا ذكره في الكتاب والامام قاضخان

قوله وفيه نظر سيعلم (أقول بعد أسطر

في شرح الجامع الصغير حل رواية الغنغ على ما إذا كانت التركة مكسلا أو موزونا (٢٣٥) من جنس واحد لان الرد فيه بخيار

الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية ما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فالما إذا كانت عقار أو غيره فانهم اذا قسموها تباين ما يقع نصيبه فيها لو انفق فيكون مفيدا والله أعلم

(باب ما يبطل به الشفعة)
تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجبه اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع وجوب الشفعة أدلم يعلم من أسفد اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يمتد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلان والعناق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعني طلب الموائمة بالمبيع وهو يقتدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا بذلك لتسليد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط شيء لا يبطله وبعضه قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب الموائمة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائمة) أقول يعني ترك نفس طلب الموائمة مطلقا أشهد أولا

والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هـ ذابن القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو نقايلا البيع فالشفيع الشفعة) لانه فسخ في حقهم والاولا يتم على أنفسهم ما وقد قصدوا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حذو البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية قبل ايلنا ولا تصح الرواية بالغنغ عطفا على الشفعة لان الرواية تحفظ في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة تخيار الرؤية وخيار الشرط لانها يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه أعلم *(باب ما يبطل به الشفعة)*

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقتدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب يتصور ويطلب لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما إذا لم يثبت له حقها لم يمنع كائن فيه فلا يصح وتقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فإبطاله فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض) قال جماعة من الشراح أي مراد القدروري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدروري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هـ ذابن القبض وعدمه اهـ وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كالأخفى فليتأمل اهـ كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يجعل قول القدروري أو بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة لكلام القدروري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما إذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله ههنا فيما سبق (أقول) الحق أن مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية يتوان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدروري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو بشرط أو بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له درية بالاصيب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا بد من عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدروري أو بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصوري القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصون عن اللغو وغير محل بعمومه فردا آخر أيضا اذا لم يكن القيد منافية للعموم ذلك الفرد الآخر ههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية لا مر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة غير ظاهر فيما بعد القبض تأمل تغف

(باب ما يبطل به الشفعة)
لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقتدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب

كانت القسمة بقضاء أو رضا وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله والله أعلم *(باب ما تبطل به الشفعة)* (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) أي طلب الموائمة وهو يقتدر على ذلك بأن يأخذ أحده أو لم يكن

وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة ترك طلب الموائبة فهو على شفعته وكذلك ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم (وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) (٣٣٦) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك

وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو أن يعاقب اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سأتك شفعة هذه الدار ان أجزتها أو أعزتها (فبالفساد) وهو ما ذكره المال (أولى) والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بنافع المشفوع كالأجارة والطهارة والتولية

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرر لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الا أن تجعل الصغرى موجبة سالبة المحمول والاحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره

وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهر في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبيحاً للشفعة وذكر قبل ههنا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لثبوت التماسك وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكره أصحابنا لاشهاد عنده هذا الطالب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكّن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولم يكن الاشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلًا للشفعة فواجه التوفيق بينهما قلنا لا يجوز أن يريد من هذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهاداً والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفي بتأجيل الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائبة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب الموائبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكتابة وتفسير صاحب العناية أيضاً بما فسرنا به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل ههنا ان الاشهاد ليس بشرط فان تركه ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضه قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه بذلك على المطالبة بطلب الموائبة وقوله ههنا لا اعتراض عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) في محال لان جعل قول المصنف ههنا لا اعتراض عن الطلب عاصداً أي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا اعتراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا اعتراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه بذلك على المطالبة بطلب الموائبة فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف ههنا بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة بطلب الموائبة لا طلب التقرر وليس مراد ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فان ههنا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاصداً للآخر (قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض

في الصلاة (قوله ليس بحق متقرر في المحل) احتراز به عن القصاص بل هو مجرد حق التملك ولا يتعلق به بالمحل وانما يظهر أثره في فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجبر رد العوض ويبطل الحق في الشفعة (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى) بيانه انه لو قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على

الشارح وعليك بالتأمل وكن الحاكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه اما بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريته ملائم على ما ذكره من التفسير وغيره ملائم على ما ذكره في بيان الفاصل فليأمل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساده قلت في الدليل الاول فليأمل

ونحوها فهو ملائم لان الاختذ

بالشفعة يستلزمه وما يمكن
فيه ذلك كاختذ العوض
فهو غير ملائم لانه اعراض
عن لازم الاختذ والم يتعلق
بالشرط وقد وجد الاسقاط
بطل الشرط وصح الاسقاط
لا يقال لم يثبت فساد هذا
الشرط فكيف يصح
الاستدلال به لاننا نقول
ثبت بالدليل الاول فصح
به الاستدلال ونسوله
(على عوض) اشارة الى أن
الصلح اذا كان على بعض
الدار صح ولم يتعلق بالشفعة
لان ذلك على وجهين
أحدهما أن يصلح على
أخذ نصف الدار بنصف
الثلث وفيما يصلح جازل فقد
الاعراض والثاني أن
يصلح على أخذ بيت بعينه
من الدار بحصته من الثمن
والصلح فيه لا يجوز لان حصته
بجهوله وله الشفعة لفقد
الاعراض

(قوله ونحوها فهو ملائم)
أقول كالزراعة والمعاملة
(قوله لا يقال لم يثبت فساد
هذا الشرط الخ) أقول اذا
كان المراد بالفساد عدم
الملاءمة لا يتوجه السؤال
(قوله لا يقال لم يثبت بالدليل
الاول) أقول دلالة الدليل
الاول على فساد كلا
الشرطين لا الثاني فقط
تأمل (قوله اذا كان على
بعض الدار صح) أقول
لان بعض الشيء لا يكون
عوضا عنه

أ بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل
لا يصح الاعتراض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط
الملائم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلكتك شفعة هذه الداران
أخرتها أو أعتقها فبالبغاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق
للمشروع لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت
الشفعة والى قوله ورد العوض فبطل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتراض عنه دليل على قوله
بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليل على قوله ورد العوض بطريق الآف والنشر المرتب ولا
يتحقق على ذي فطرة سليمة تأمل في كلام المصنف باذي تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه
ما يدل عليه قضاها معنى المقام يرشد اليه بعد التفرع ان المذكور ان في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع
أعنى قوله فلا يصح الاعتراض عنه في الاول وقوله فيطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض
صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ونفايه
نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع
سلكتك شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترتها لغيره أو قال للبائع سلكتك ان كنت بيعتها
لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان
تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق ولعنق ولهذا لا يرتد بالرد ما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط
وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا
النظر عن صاحب الغاية فانت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المدين النسفي في شرح
الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضا لانه انما يبطل حقه
بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة ادا صلح الكفيل المكفول له على مال حتى
يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة فيلزم له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فنصار كالتجر
والخزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة
والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من
المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة
من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى
فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن ففي سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم
فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه من الكفيل بغير عوض ولم
يحصل له عوض أصلا فلا بد قط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى
هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المدين
الجواب عن النظر المذكور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المدين متعلق
بأصل المسئلة والنظر المذكور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما
بمعزل عن الآخر فكيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولا كلام الشيخ أبي العيني بتمامه نقلا عنه حيث قال وأورد
الشيخ أبو المدين النسفي في شرح الجامع سؤالاً واحداً في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن
لا يجب شفعة أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فيهما بون لا يحق
ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه يسقط شفعتك وان لم يسقط المشتري شفعتك فيما اشترى الشفيع فعلم ان
اسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هذا بشرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحققه حتى لو تراضيا
على ذلك يسقط حق كل واحد منهما في الشفعة واسقاط الشفعة بالبيع العوض المال شرط فاسد لانه غير ملائم لانه
اعتراض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (المأبينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتراض عنه فكان اعتراضاً فان قيل حق الشفعة لحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتراض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حتى متقرر والفصل بين المتقرر وغيره ما يتغير بالصالح على ما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت عبادة في حق من له القصاص وبالصالح حصل له العصمة في دمه فكان حقه متقرر فأما في الشفعة فان المشتري بملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقه متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتراض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال الزوج للمخيرة اختاري بيني بالف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الغصغ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الغصغ سقط الخيار ولا يثبت العوض لأنه مال لم يعضها قبل اختيارها وبعده على وجه (٢٣٨) واحدة كان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا)

وكذا لو باع شفعته بمال مأبينا بخلاف القصاص لأنه حتى متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتراض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال للمخيرة اختاري بيني بالف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الغصغ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل ههنا رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الأعراض والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصة من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الأعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا نالنا نسلم أن في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأنه لا يتصور إشارة قوله المسد كور إلى ذلك الإبطر بق مفهوم المخالفة ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو بيع بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلاً لا يصلح شيء منهما أن يكون عوضاً فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وأن مفهوم قوله في جواب المسألة بطلت الشفعة تورد العرض يتم أيضاً ما صح الشرط وبطلت الشفعة تومالم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة توماصح الشرط والشفعة أيضاً في بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كإثبات الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما دعاهما صاحب العناية وأما ثانياً فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الأعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الأعراض متحقق في الوجه الثاني منهم أيضاً كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهاالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال مأبينا) أشار به إلى

أي في بطلان الكفالة والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى وجهه أن في الكفالة في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتراض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما بين الشفعة أن الكفالة لا تنسقط إلا بتسام الرضا وإلزام لا تنسقط بالسكوت وتسام الرضا انما يثبت إذا وجب المال وأما حق الشفعة فلا يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضاً حتى لا تنسقط الشفعة بالصالح على مال ولا يجب المال (وقيل هي) أي هذه

الشفعة من البائع أو من المشتري بمال لان البيع على مال بحال بحق الشفعة لا يتم مل التملك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط بمجرد اكسيع الزوج زوجته من نفسها هذا بخلاف الاعتراض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصالح وعن اسقاط الرق بالعق لان ذلك كما ملان متقرر في المحل امام ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لأنه ملك المحل في القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ورضا فكان اعتراضاً عن ملك في المحل فيصم (قوله والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية) أي تبطل الكفالة

قال

الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصالح على مال وتبطل الشفعة بالصالح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال مأبينا) أقول يعني أن تغاوأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتسام المدعي ههنا إذا لا سقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقه متقرر) أقول يعني كان القصاص حقه متقرر (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث إذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع للمشتري وذلك تغير بالصالح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبراً بل غنمو بعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبراً على غنمو بالصالح خرجت عن كونها كذلك فليتامل فيه فجوابه غير خفي (قوله وجهه ان حق السكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاشارة إلى ما لا يستوي المعنى حق الطالب على السكفيل (قوله ولهذا لا تنسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع اذ بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى لو وكيل المشتري او اشترى له كالوكيل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشراء في كونهما رغبة في الشفوعة والشفعة انما تبطل في الرغبة عنها (وكذا في أي وكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعته لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان لاخذ بالشفعة سعي في نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار غيره الخ) واذا (٣٤٠) بلغ الشفيع انما بيعت بالف فلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها أو بخطئة أو بشعر

كما اذا سلم صريحا او برأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه جمع الزوال فبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعته لان البيع تم بما ضابطه خلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (واذا بلغ الشفيع انما بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثر الثمن في الاول ولتعدر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني اذا الجنس مختلف

قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته أمان في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أو أدناه تسليمه مشروط بشرط قبضتي بانتفاء شرطه وفيه نظر سيباني بخلاف ما اذا ظهر أكثر من ألف فان مسكت أكثر الألف أكثر استكثر الاكثر فكان التسليم صحيحا وأمان في الثاني فلانه وبما سلم لتعدر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقيد بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيها اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو

اذا لم يصح الاعتراض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا حرم كان اسقاطا فتمه للمالوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليمها لان البيع غلب على مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع انما بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقيد بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والابحاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عسدا أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فاعلى شفعته ولم يتعرض ان قيمته المكيل والموزون أقل من قيمته

(قوله كما اذا سلم صريحا) أي اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشتري حاضرا أو غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق (قوله أو برأ عن الدين وهو لا يعلم) أي لو أبرأ الدين المدين وهو لا يعلم بان له عليه دين يصح الابراء (قوله لان الاول) أي من باع أو بيع له أن ياخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع فلا لانه باع حقيقة وأما الوكيل فتسليم البيع به أيضا لانه لو لا توكله لما حاز بيعه وكذا تمام البيع باجازه من شرط له البائع الخيار وضمن الدرك تقرر بالبيع فسا كان ضامنا منه كالبائع ومن ابتاع أو ابتاع له وأجازه فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة ضرب من الشراء فلا يناقض كونه مشترا فلا يصير سعي في نقض ما تم منه ولان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهر الرغبة في المشترا فلا يكون ابطالا للشفعة وأما البيع فاطهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة (قوله أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه

وكذا

موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته

شفعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لاشفعته) أقول قال في غاية الوفاة من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى لو وكيل المشتري له كالوكيل بالشراء له فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا لدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تنافسا (قوله وتسلك ذلك كثير الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في ايهام هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالاولى هو الاطلاق

وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفاً أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا إذا كانت أكثر وقال زفره الشفعة لا تختلف الجنس ولنا أن الجنس متحد في حق الشفعة قال (وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب

التي اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليلها دال عليه وكذلك ما ذكره في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه وهو أيضاً استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلما أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلاً أو موزوناً فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفته على كل حال إلى هنا حفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألفاً أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلاً أيضاً وتكافؤ ذلك كثيراً وهو يعلم بالاولوية فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح إذا ظهر أقل أولى اهـ (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب العناية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألفاً أو أكثر غير مفيد فإنه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما إذا كان قيمتها ألفاً أو أكثر أو أقل كان التقييد بكونها ألفاً أو أكثر غير مفيد قطعاً فإن لم يكن بخلاف بناء على إجماعه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضاً فلا أقل من كونه مستنداً لو أن عدد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية يتمتع كونه أمراً مبهماً في هذا المقام كفى أن يقال قيمتها أكثر من التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما إذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا يخاض من استدراك أحد القيد (قوله وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لثلاثة أوت الجوار) يعنى لتفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا

باطل وأعماله بقوله أو لتعذر الجنس الذي بلغه بدل على أنه لو كانت قيمة الحنطة أو الشعير أقل من ألف يطل التسليم أيضاً وفي الذخيرة فلما أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلاً أو موزوناً فهو على شفته هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم ثم ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفته على كل حال (قوله بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألفاً أو أكثر) أى لا يطل تسليمه وفي الذخيرة ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم بان أخبر أن الثمن دار فاذا الثمن عبد فغواب محمد رحمه الله أنه على شفته من غير فصل قال شيخ الإسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح فيما إذا كان قيمتها أظهر أقل من قيمتها أخبر وغير صحيح فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمتها أخبر لان الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم أو مائة دينار فسلم ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر وهناك كان التسليم صحيحاً ولا شفعة له ولو ظهر أنه أقل مما أخبر به كان على شفته كذا ههنا فلو كان على العكس بان أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف درهم أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر أن الثمن دراهم أو دنانير فغواب محمد رحمه الله أنه على شفته من غير فصل وبعض مشايخنا قالوا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمتها أخبر أم إذا كان مثل قيمة ما أخبر أو أكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الإطلاق بخلاف المسئلة المتقدمة لانه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبوناً في ذلك لان تقوم

الشيء بالفلن يكون دائماً وانما سلم حتى لا يصير مغبوناً وهذا المعنى يتقدم إذا كان الثمن دراهم (قوله وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا إذا كانت أكثر) وقال زفر رحمه الله الشفعة لا تختلف الجنس وذكر الاختلاف في الاسرار بين علمائنا الثلاثة قال إذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم فإذا بدنانير تساوى ألفاً كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد وهما أنه وقال أبو يوسف رحمه الله بطلت شفته

ألفاً أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كل وقيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وإن ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألفاً أو أكثر فلا شفعة له وقال زفره الشفعة لا تختلف الجنس ولهذا حصل التفاضل بينهما وإن اتما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متبصرة عادة (وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضاً بجوار غيره قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقيل خيراً لها غيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وضع هذا التعليق لان تسليم الشفعة مطلق بعض كالمطلق والعنان يصح تعليقه بالشرط فلا يترك إلا بغير وجوده

غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم
اضرر الشركة ولا تترك في عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه
* (فصل) * قال (واذا باع دار الامم مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لا ينقطع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار

لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد بن حماد بن عمار في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلت شفعة
هذه الدار ان كنت اشتريت نفسك وقد اشتراها غيره فهو هذا ليس تساميم وذلك لان الشفيع علق التسليم
بشرط ومع هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصع تعليقه بالشرط ولا يترك
الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد بن الجامع وهذا كما ترى يناقض قول
المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط قبل الفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب
العناية معناه خلاصة النظر الذي اورد الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكروا
ما يتعلق به من الكافات هناك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط
وشرط فيما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر
هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدره له على أخذه وكذا
تسليمه لم يدل على الرضا بجوار وعرفنا بما سأل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسد يد لان حاصله حمل
الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض
وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد بن الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل
على الاعراض ولا يخفى على العطن ان شيئا من كلامهما لا يساعد ذلك أصلاً أما كلام المصنف فلانه قال ولا
يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط قبل الفاسد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم
تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط
الجائز المخصوص لجواز أن يكون مخصوصه حالة ما نعتن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام
محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصع تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع
على كون تساميم الشفعة اسقاطا محضاً انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين سيما
الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطاً يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تفق

* (فصل) * لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال أن
يكون الجار فاسداً يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار
فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيره ولما كان يجب على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من
يده وملكه بالمبيع فيحصل به الخلاص له من أذيته مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة
لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لا لاجتماع أن

استقساناً لانهم اجنس واحد في التجارات وضمائم وجه القياس ان الانسان قد يتيسر عليه الشراء باحدهما
دون الآخر والرضا باحدهما لا يدل على الرضا بالآخر وان كان الجنس واحداً فانه لو رضى بدينارهم جواد
فاذا هي غلة كان له الطلب (قوله وفي عكسه لاشفعة) أي لو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف
فلا شفعة له وذ كر شفع الاسلام المعروف بنحوه زاده ان تأويل هذه المسئلة أنه ظهر انه اشترى النصف
بمن الكل أما اذا ظهر أنه اشترى النصف بنصف الثمن فله الشفعة (قوله في ظاهر الرواية) احتراز عما روي
على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليم النصف لجواز أن يكون تساميم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد
يتمسك من البعض فاما اذا سلم الكل في البعض فقد عجز عن أداءه عن البعض فيكون عاجزاً عن الكل
بالطريق الأولى * (فصل) *

وهذا كما ترى يناقض قول
المصنف وجه الله فيما تقدم
ولا يتعلق اسقاطه بالجائز
من الشرط قبل الفاسد أولى
وقوله (في ظاهر الرواية)
احتراز عما روي عن أبي
يوسف على عكس هذا لانه
قد يمكن من تحصيل ثمن
النصف دون النصف وقد
تكون حاجته الى النصف
ليتم به مرافق له لئلا
يحتاج الى الجميع
* (فصل) * لما كانت
الشفعة تسقط في بعض
الاحوال علم تلك الاحوال
في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض
قول المصنف الخ) أقول
وأنت خبير بانه فرق ما بين
شرط وشرط فيما سبق كان
من الشروط التي تدل على
الاعراض عن الشفعة
والرضا بالجوار مطلقاً بخلاف
ما ذكره هنا فانه اذا لم يتيسر
للشفيع أداء ما اشترى به
الدار لم يدل تسليمه على
الاعراض اذ لا قدره له لاخذ
وكذا تسليمه لم يدل على
الرضا بجوار وعرفنا بما سأل
* (فصل) * واذا باع داراً

لا احتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لمابينا) اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله (الآن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد قبضته على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع (٣٤٣) الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا

اذا استحققت المشفوعة)

استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها حيلة عامة لا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مسبق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار تنصرف به أي يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضاعف قيمة الدار وقوله (والوجه الخ) تقر به اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول في استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان البائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر اهـ (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع ناذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعت دون ذلك الجار الفاسق لادفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذا الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه الخ) تقر به اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف

وسلمه اليه لمابينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثن ثم ابتاع بقية الشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفعين جار فاسقا يتأذى به في الثاني شريك فيستقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثن الا درهمين مثلا والباقي الباقي وان ابتاعها بثن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثن دون الثوب لانه عقد آخر والثن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى تم الجوار والشركة فيبيع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار يكون الجار فاسقا يتأذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان البائع دار أخرى وراء داره المبيعة فتدبر اهـ (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع ناذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعت دون ذلك الجار الفاسق لادفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذا الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه الخ) تقر به اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه ثمن الدينار فيبطل الصرف

(قوله وسلمه اليه لمابينا) أي لانقطاع الجوار (قوله فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني) وفي المستصفي شرح النافع العلامة الذي تأويل المسئلة ذاب لغيره يبيع سهم منها فردا أما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه المسئلة بقوله لان الشفعين جار فاسقا يتأذى به في الثاني شريك فيستقدم عليه يقتضي الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب (قوله فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثن الا درهمين والباقي الباقي) فلا يرغب الجار في الاول لكثرة الثمن ولا حقه فيما بقي لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار (قوله فيتضرر به) أي يتضرر ومشتري الثوب الذي هو بائع الدار يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضاعف قيمة الدار ولا يتمكن البائع من رد الثوب الا برضا المشتري فعسى لا يرضاه (قوله والاوجه الخ) يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحققت المشفوعة تبين بطلان الصرف (لانه تبين أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن

الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعوا الضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله تقر به اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بان ما ذكره ليس تقرر بالمافي الكتاب بل ذلك التقرر حيلة أخرى تم الجوار والشركة على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرر برأي الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا في ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف لان الفرقان قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فلا تأمل

لا غير قال (ولا تكرر الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لان الشفعة انما وجبت بالدفع الضرر ولو اتجنا الحيلة ما دفعناه ولا بي يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا بعد ضرر او على هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكاة * (مسائل متفرقة) *

ومعنى ما ذكر فيها أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المصنف فيما اذا اسحق المشغوع فقصير الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشتري بعشر من ألفا وانما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان في أن يعم الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء. نعم ما قصرا أحدهما فظنير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لان يكون بيانا وشرحا لا تحركا لا يخفى (قوله ولا تكرر الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في الغاية أخذ من النهاية ومعراج الدراية علم أن الحيلة في هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكر وهه بالاجماع والثاني يختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكر ومعه عند أبي يوسف مكر ومعه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكرر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة * (مسائل متفرقة) *

الدار فلم يصرفا في المجلس لكونه في ذمته فيبطل الصرف فلا يلزمه الارجاء فيرد الباقي فصار كمن اشترى من آخر دينار بعشرين ثم تصادقا أن لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هذا بخلاف ما اذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الثمن وهو اضعاف قيمة الثوب فلو اسقطت الدار المشغوعة يرجع المشتري بثلث الثوب على بائع الدار لان باستحقاق الدار المشغوعة لا تبطل المبايعات التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في الثوب ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع فيتنصر بذلك بائع الدار ولا يقال باستحقاق الدار المشغوعة يعلم أن بيع الثوب كان بلائح فيكون البيع فاسدا فلا يتضرر مشتري الثوب لانه لا يطالب بثلث الثوب لانا نقول البيع يحتاج الى ذكر الثمن لا الى وجوده وهذا قلنا لو باع عبدا بثلث من الدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع في العبد (قوله ولا تكرر الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله) اعلم ان الحيل في هذا الباب على نوعين نوع لا يسقطها بعد الوجوب وذلك أن يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك انما أخذت لك فلا فائدة لك في الأخذ بالشفعة فيقول الشفيع نعم أو يقول المشتري للشفيع اشتريها مني بما أخذت فيقول الشفيع نعم أو يقول اشتريت فتبطل به شفيعته وانه مكر وهه بالاجماع ونوع يمنع وجوبه ونوع يرجع الى تقليل الرغبة فيها وانه لا يكره عند أبي يوسف رحمه الله ومما يرجع الى منع وجوب الشفعة أن يبيع البائع بيتا معلوما من الدار بطريقه أو موضعا آخر معلوما من الدار بطريقه فتجوز والهبة لان ما وهب مقدار معين والطريق وان كان مشاعا الا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة فيصير شريكا في الطريق ثم يبيع بقيمة الدار منه بثلث الكل فيصير أولى من الجار الا أن هذه الحيلة تصلح لدفع الجار ولا تصلح لدفع الشريك في الدار ومن الحيلة أيضا ان يستاجر صاحب الدار من المشتري ثوبا يلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء من الدار التي يريد بيعها ثم يصبر حتى يمضي اليوم أو يشترط التجبيل حتى يمضي ذلك الجزء للعدل ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة في الجزء الاول لانه ملكه بعهدة الاجارة ولا في الجزء الثاني لان المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار وأنتى ترجع الى تقليل الرغبة فهي مثل ما ذكر من يبيع عشرة الدار من المشتري بتسعة أعشار الثمن ومنها ان يبيع البئنا من الدار من المشتري بثلث قليل ويبيع الساحة بثلث كثير فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء لانه نقل ولا يرغب في الساحة لكونه الثمن وذكر الامام شمس الانسة السر حسي رحمه الله في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوب الحيل فقال والاشتهل بهذه الحيل لا بطلان حق الشفعة لباين به أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصد به الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله فاما عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتمال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة * (مسائل متفرقة) *

وقوله (ولا تكرر الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب اما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالاول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكر وهه بالاجماع والثاني يختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكر ومعه عند أبي يوسف مكر ومعه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكرر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة * (مسائل متفرقة) *

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كجهو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه وألفاظه ظاهرة سوى ما تنبأ عليه * (مسائل متفرقة) *

(قوله فيتضرره) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر وهو زيادة الضرر والتقصير فان أخذ المالك منه ضرر وضرر التقصير زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرره الدخيل ضررا زائدا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روي من القول بغيره من أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض (٣٤٥) لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض

لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق البدل على البائع وقوله (لأن العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو تركه) وليس له أن ينقض القسمة بأن

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فلا شفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشترها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرره زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الآن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا تقدم ما عليه ما لم يتقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق البدل على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جلة لأن العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفريعان ذكرناه في كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقامه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع) لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذلك لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريريين

في الأخذ فيقول نعم تسقط به الصفقة وهو مكره بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكره عند أبي يوسف مكره عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل فاس فصل الصفقة على فصل الزكاة

(قوله ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح) وروي الحسن عن أبي حنيفة وجهه ما لا يفرق فقال إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق البدل بخلاف ما بعد القبض لأنه لم يبق يد البائع ويقع التملك على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه فلا تفريق (قوله بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم ما عليه من الثمن فليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين إذا تقدم ما عليه من الثمن بحصته حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق البدل على البائع (قوله لأن العبرة في هذا التفريق الصفقة لا الثمن) وفي الذخيرة ولو كان البائع اثنين واشترى المشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن كان يلحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم يبين تفريق الصفقة واتحادها ذكره الإمام النزهة في نفاذ الإجماع إذا اتحد العاقد والعقد والثمن تعدد الصفقة وكذلك لو تعدد العاقدان كان البائع أو المشتري اثنين بان قال للمشتريين بعث منكم أوقالا بعنا منك لأن ما يوجب الاتحاد راجع وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العقد والعقدان قال بعث هذا بكذا وهذا بكذا وقال المشتري ذلك وإن تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة وكذلك لو تفرق العقد واتحد العاقدان بان قال بعثك هذا بكذا أو بعثك هذا بكذا تتفرق الصفقة وإن اتحد العقد وتفرق العاقدان والثمن ففي بعض المواضع تتفرق الصفقة لجان حيشة لتفريق بعضها لا قبل الأول قياس والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (قوله لأن القسمة من تمام القبض) لما عرف أن قبض المساع فبما يحتمل القسمة قبض ناقص (قوله والشفيع لا ينقض القبض) أي إذا قبض

(٤٤) - (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن) يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له فيه نفع بعود العهدة إلى البائع فكذلك لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريريين) (قوله يتضرره) الدخيل ضررا زائدا (أقول يعني على الأخذ) (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يجبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق البدل عليه

نصيبه من الدار المشترية وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه) فان الشفيع نقضه (لان العقد واقع مع الذي قاسم) فانه لم يجر بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادله والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرهما من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري (بدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الجمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لا ستواهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه هو الأب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحده هؤلاء فهو على شفعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد (٣٤٦) الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله)

وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعته اذا بلغ الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كليل الوكيل) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره اكونه نائباً عن الموكل مطلقاً وعند محمد وزفر وجههما الله لا يبيع منه التسليم أصلاً وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمد مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر وجههما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يمكن ابطاله كديته) وفي بعض النسخ كديته بالنون

نصيبه من الدار المشترية وقاسم المشتري الذي لم يبيع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد واقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المراد عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبيع جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دار وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تلك بالثمن فيستلزم منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف في امره بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر وجههما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار المصطفى فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكيل وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يمكن ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرا رايه ولهما أنه في معنى التجارة فيما كان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للمصطفى مع رده من الأب والوصي ولا فته دائرة بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليقى الثمن على ملكه والولاية تنظر فيه لكانه وسكونهما كما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغلب النقص ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه اما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكره بالاجماع والثاني يختلف فيه المشتري المبيع يأخذ الشفيع من المشتري ولا يملك ان ينقض قبض المشتري المبيع فيرده الى البائع واخذ منه لتكون العهدة عليه فكذلك لا ينقض قسمته لانهم من تمام القبض (قوله وقاسم المشتري الذي لم يبيع) أي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبيع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم تجر بين العاقدن فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة والشفيع ان ينقض المبادلة (قوله ثم اطلاق الجواب في الكتاب) وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري (تجاء) وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكيل (وهو الصحيح) أي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله في مجلس القاضي ومطلقا عند أبي يوسف رحمه الله ولا يصح عند محمد رحمه الله هذا هو الصحيح وقيل لا يحقق جواب أبي يوسف رحمه الله الا أن يفي

والاول يناسب ما قرأ به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالبراء عن الديون والعقود القصاص الواجبة (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرا رايه ولا ي حنيفة وأبي يوسف وجههما الله أنه في معنى التجارة لانه يملك العين فيما كانه يوقعه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم اعها من بانه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أول لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وبوجهه بقوله (ألا ترى) وهو واضح وقوله (ولانه دائرة) دليل آخر يتفهم الجواب عن الذي تقدم في القولان النظر في هذا قد يكون في تركه ليقى الثمن على ملكه بخلاف الذي والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرا رايه وقوله (وسكونهما كما كابطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكونهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) (قوله فانه لم يجر بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الجمل الخ) أقول لم يذكر الجمل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيها الشفعة (قوله وقال محمد وزفر وجههما الله) أقول خالف السارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي)

أو الغبن البسيط من المثل

(فان بيعت بأكثر من

قيمتها) بغبن فاحش (قيل

جازا التسليم بالأجاعة) يعني

من غير خلاف لمحمد وزفر

لانه تمحض نظرا وقيل

لا يصح بالاتفاق (وهو

الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا

يملك التسليم (كلاجنبي)

فيكون الصبي على حقه اذا

بلغ (وان بيعت بأقل من

قيمتها بمحاباة كثيرة فعن

أبي حنيفة لا يصح التسليم)

منهما واذا لم يصح عنده

لا يصح عند محمد وزفر أيضا

لانهم لم يربا تسليما اذا

بيعت بمثل الثمن فلان

لاربا اذا بيعت بأقل بمحاباة

كثيرة أولى وانما نحن قول

أبي حنيفة رحمه الله بالذكر

لان المحاباة الكثيرة

لا تخرجها عن كونها بمعنى

التجارة ولها ما لا يمتنع

عن الاتجار في مال الصغير

ولكن قال لا يصح التسليم

في هذا لان تصرفه في

ماله انما يكون بالتخي

أحسن وليس تركها هنا

كذلك ولهذا المعنى أيضا

خص قول أبي يوسف بقوله

(ولا روايت عن أبي يوسف)

لانه كان مع أبي حنيفة في

صحة التسليم فيما اذا بيعت

بمثل قيمتها والله أعلم

بالصواب

(كتاب القسمة)

أقول يعني في محل الخصومة

الحج

(كتاب القسمة)

فيه قيل جازا التسليم بالأجاعة لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كلاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منها ما يضا ولا رواية عن أبي يوسف والله أعلم

(كتاب القسمة)

اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأما ما كان لا يخلو النقص والمذكور عن اضطراب أفعال الأول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كذا كره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشايخ غير مكروه الخ فلان القطع بكون الأول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وامامنا محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام فاضلنا في فتاواه ذكر محمد رحمه الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر كراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقيل الوجوب ان كان الجار قاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي لا بأس بالاحتفال لابطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كالتزك كذا سبب المال لمنع وجوب الزكاة بعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتفال ايضا لانه احتيال للدفع الضرر عن نفسه لا لاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى فاضلنا

(كتاب القسمة)

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلامهم من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فأحد اشريكين اذا أراد الانفراد مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة هذا زيادة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة نافذة للشفعة

اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح ان تسليمه كإقراره (قوله وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح (قوله وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منها ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله) كذا في الرواية وذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

(كتاب القسمة)

القسمة هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى وبنيتهم ان الماء قسمة بينهم قال الله تعالى لها شرب ولكم فخر يوم معلوم والسنة فقد باشرها النبي عليه السلام في الغنائم والموايرث واجماع الامور وكذا الفصل الذي يقع به الاقراز كالكيل والوزن والعدد والذرع في الكيل والوزن والعسدي والذرع وشربها ان لا يتبدل بالمنفعة بالقسمة ولا تغرق لان الاقراز مال الكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي المقر على ما كان قبل الاقراز باصله ومنافعا ما اذا تبدل يكون تبديلا لا اقرازا لانها

طلب القسمه ومع عدمه باع
 ووجب عنده الشفعة وقدم
 الشفعة لان بقاء ما كان على
 ما كان أصل وهو في اللغة
 اسم للاقتسام كالقدوة
 للاقتداء وفي الشريعة جمع
 النصب الشائع في مكان
 معين وسببها طلب أحد
 الشركاء الانتفاع بنصيبه
 على الخلوص وركنها ما يحصل
 به الافتراز والتمييز بين
 النصيبين كالكيل في
 المكيلات والوزن في
 الموزونات والذرع في
 المذروعات والعد في المعدودات
 وشرطها أن لا تغتفر منفعة
 بالقسمه ولهذا لا يقسم
 الحائط والجام ونحوهما
 وهي مشروعة في الاعيان
 المشتركة لان النبي عليه
 الصلاة والسلام باشرها في
 المغنم والموارث وغير ذلك
 وجرى التوارث بهما من غير
 تكثير ثم هي لا تعري عن
 معنى المبادلة سواء كانت في
 ذوات الامثال أو في غير ذوات
 الامثال لان ما يجتمع
 لاحدهما بعضه كان له
 وبعضه لصاحبه فهو يأخذ
 عوضا عما بقي من حقه في
 نصيب صاحبه فعلى هذا
 كانت القسمه مبادلة وافتراز
 والمعنى من الافترازه وأن

(قوله وقدم الشفعة الخ)

أقول أو يقال قدم الشفعة

لعمومها الشركة والجوار

بخلاف القسمه (قوله لان

بقاها ما كان على ما كان

أصل) أقول يعني المركب وأنت خبير بان في القسمه أيضا بقاء الملك

القسمه في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغنم والموارث وجرى التوارث
 بهما من غير تكثير ثم هي لا تعري عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو
 يأخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافتراز والافتراز هو الظاهر في المكيلات
 والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بابه فاقسمه
 يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت

قاطعة لوجوبهارجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيمالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
 فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمه مناسبة المتضادة والمتضادان يفترقان أدامع
 تقدم المثلث على المنفي كقافي الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمه تافيه
 للشفعة قاطعة لوجوبهارجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيمالم يقسم فاذا وقعت الحدود
 وصرفت الطرق فلا شفعة انما ينشئ على أصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث
 المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه بأحاديث أخرى وأجابوا
 عن استدلاله بالحديث المذكور بأن آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
 شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمناه في الشفعة بسبب القسمه الحاصلة بتوقيع الحدود وصرفت الطرق فان
 القسمه لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضوع موضع أن يشكك انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين
 عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي
 بالحديث المذكور وفي أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية يتم مراح الدراية فقام معنى بناء
 وجه المناسبة ههنا على ما هو المرزيف هناك ثمن القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في
 المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وأن القول بان المتضادين يفترقان أدامع تقدم
 المثلث على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة
 ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثلث قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على
 ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره وأنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع
 على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمه بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد
 الشريرين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمه
 بالشفعة من أن أحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمه ومع عدمه بقاءه باع فوجب
 عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمه في اللغة اسم
 للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصب الشائع في مكان معين وسببها طلب
 أحد الشريرين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافتراز والتمييز بين النصيبين
 كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها أن لا تغتفر
 المنفعة بالقسمه ولهذا لا يقسم الحائط والجام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
 والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عذريته الآخر ولو اشترى بابه فاقسمه ما لا يبيع
 أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمه) وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه يبيع
 فلم يكن بمزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا شكال وهو أنه قد علم مما ذكرنا في الكتاب
 والشروح أن القسمه لا تعري عن معنى المبادلة والافتراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير
 ذوات الامثال لانه ما من جزء من الاوهو مشتمل على النصيبين وما يأخذ كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم

لا تغفل عن المبادلة والافتراز لانه ما من جزء من الاوهو مشتمل على النصيبين فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف
 ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افتراز وانصف الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي يد صاحبه

يقبضه بعين حقه والافراز
هو الظاهر في المكيالات
والمسوز ونان فكان كل
ما أخذ أحدهما من نصيبه
مثل ما ترك عليه يبقين فأخذ
مثل الحق يبقين بمنزلة أخذ
العين ألا ترى أن أخذ المثل
في القرض جعل كل أخذ
العين فجعل القرض بذلك
بمنزلة العارية فكان الافراز
فيها أظهر لا بحالة ولهذا
كان لأحدهما أن يأخذ
نصيبه من غيبة صاحبه ولو
اشترى به واقسمه ما جز
لأحدهما أن يبيع نصيبه
مرابحة بنصف الثمن ومعنى
المبادلة هو الظاهر في
الحيوانات والعروض لا تفاوت
حتى لا يكون لأحدهما
أخذ نصيبه عند غيبة الآخر
ولو اشترى به واقسمه لا يبيع
أحدهما نصيبه مرابحة
بعد القسمة وتحقيقه أن
ما يأخذ كل واحد منهما
ليس بمنزل لما ترك على
صاحبه يبقين فلم يكن بمنزلة
أخذ العين حكما ولما استشعر
أن يقال لو كان معنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات
والعروض لما أجبر ألا ي
على القسمة في ذلك أجاب
بقوله الأنهم إذا كانت من
جنس واحد أجبر القاضي
على القسمة عند طلب أحد
الشر كالأمر فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد ولا
متافا بين الجبر

حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى به واقسمه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد
القسمة إلا أنهم إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كالأمر فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

يستفاد من صاحبه بعض الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عاقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة
في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه افرازاً والنظر إلى البعض الآخر بمبادلة وإذا كان الأمر
كذلك فكأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح انغاية الأمر
أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عاقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزل لما ترك على صاحبه
من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر إلى
ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة فلا شك أن
أخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد
منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن أثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في
ذوات الامثال كالمكيالات والمسوزات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح أن أخذ كل واحد منهما فيها
ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه
لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه يبقين وأخذ المثل يبقين يجعل كأخذ العين حكما كفاي القرض فتحقق فيها
معنى الافراز بالنظر إلى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل أنهم قالوا معنى الافراز ظاهر في
ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سميان فيه لكان الأمر هينا ولما قالوا
معنى المبادلة ظاهري في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجهها بسط مما ذكر في
العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المعنى حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات
الامثال كما هو به صريح في المعنى وغيره فقال في المعنى وأما القسمة في غير ذوات الامثال فسمي المبادلة فيها راج
لأنها افراز حكما من وجه من حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلأن نصف
ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز إلا
أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمنزل لما ترك على صاحبه يبقين لأن المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيها
ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة يبقين فالافراز مع المبادلة استوي في الحكم ثم رجت المبادلة بالحقيقة
إلى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك أن الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لأنه انما يدل على تحقق
رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه
لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز
محض لأن معنى الافراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمسمى
رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك إذا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز
محض وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذ المثل لما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة
وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افراز كما صرح به في الوجه المذكور وكان معنى الافراز في ذلك
ظاهرا راجحا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته (قوله الأنهم إذا كانت من
جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كالأمر فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) هذا
فيمكن مبادلة الآن معنى الافراز والتمييز في المكيالات والمسوزات والعروض لا تفاوت بين أبعاضها فلا يمكن أن يجعل
كأنه أخذ حقه (قوله الأنهم إذا كانت من جنس واحد) أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاسد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يوزق من بيت المال ليقسم بين الناس غير أحر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فاشبه وزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تم العامة فتكون

جواب سؤال مقدر رد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الآتي على القسمة في غير ذوات الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو أنه ان أراد بقوله لان في معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعه في دفع السؤال اذ يبيح الكلام حينئذ في الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أراد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملام لتقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق في معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جديا في تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسلا لمحله لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سياتي تبصر نقف (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانهما يجري في الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبرون على قضاء الدين والديون تقضى بأشكالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المدون يمين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق يمين بمنزلة أخذ الدين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ الدين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه يمين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قيام جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا

الشركاء) جواب لسؤال رد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعنى فان قيل لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآتي على أي في غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريك اذا اقتسم مالا أو أرضا بينهما ما بني أحدهما في نصيبه بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بني فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء ولو كان الرجحان للجانب المبيعة لثبت الغرور وكلواشترى فلما الجبر على هذه المبيعة باعتبار حق مستحق للغير ألا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان التسليم اليه مبيعة لحق الشفيع ألا ترى ان المدون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين بخبر بان الجبر عليها لا ينفي كونها مبيعة وأما الثاني فلما انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر الى هذه المبيعة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا يمكنه ذلك الا بهذه المبيعة فيكون مضطرا الى هذه المبيعة لا جباة حقه والجبر كما يثبت بالاكراه يثبت بالحاجة الى احياء الحق كما صاحب العلو اذ ان السفل واذا كان يجبر على هذه المبيعة لا يثبت فيها حكم الغرور كالتسليم اذا

والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين فان المدون يجبر على القضاء مع ان الديون تقضى بأشكالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصد او قد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلو صدون الاجبار على غير موان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الآتي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاسد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص انتهى أقول ههنا أيضا اشكال وهو أنه ان أراد بقوله لان في معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعه في دفع السؤال اذ يبيح الكلام حينئذ في الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أراد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملام لتقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق في معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جديا في تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسلا لمحله لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سياتي تبصر نقف (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانهما يجري في الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبرون على قضاء الدين والديون تقضى بأشكالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المدون يمين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق يمين بمنزلة أخذ الدين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ الدين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه يمين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قيام جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا

(قوله لانه أرفق بالناس
وأبعد عن التهمة) لانه متى
يصل اليه أجرة على كل
حال لا يعمل بأخذ الرشوة الى
البعض ويجوز للقاضي أن
يقسم بنفسه وبأخذ على
ذلك من المتقاسمين أجرة
لكن الاولى أن لا يأخذ هذا
لان القسمة ليست بقضاء
على الحقيقة حتى لا يفترض
على القاضي مباشرتها وانما
الذي يفترض عليه جبر
الآتي على القسمة الآن
لهاشبهها بالقضاء من حيث
انها تستغاد بولاية القضاء
فان الاجنبي لا يقبل على
الجبر من حيث انها ليست
بقضاء جاز أخذ الاجر عليها
ومن حيث انها تشبه القضاء
يستحب أن لا يأخذ قوته
(عدلاً ما مونا) ذكر الامانة
بعد العدالة وان كانت من
لوازمها جواز أن يكون غير
ظاهر الامانة (قوله ولو
اصطلموا فاقسموا) يعني لم
رفعوا الامر الى الحاكم بل
اقسموا بانفسهم

(قال المصنف لانه أرفق
بالناس وأبعد عن التهمة)
أقول لعل المراد التهمة لاخذ
على ما هو من جنس القضاء
أجراً (قوله لانه متى يصل اليه
أجره على كل حال الخ)
أقول فيه بحث (قوله لا يعمل
بأخذ الرشوة) أقول أي
لا يعمل لفقره

كفايته في مالهم غرماً بالغرم قال (فان لم يفعل نصب قاسم ما يقسم بالاجر) معناه يا جرحي المتقاسمين لان النفع
لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كذا لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزق من بيت المال لانه أرفق بالناس
وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلاً ما مونا عالمياً بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من
القدر وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه
لا يجبرهم على أن يستأجروا له لانه لا يجبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلموا
فاقسموا جازاً اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام
بشتر كون) كذا نصير الاجرة غالبية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه حقيقة الغوث فيرخص
الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة وقال على قدر الانصاء) لانه مؤنة الملك فتقدر

الشرح غير مطابق للمشروع وليس بنام في نفسه لانه ان أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة
كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الآن
معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان أراد أن المبادلة في قسمة
مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع
أن التراضي ليس بشرط فيها على أن كون التراضي شرطاً في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطاً في
قسمة مختلف الجنس أيضاً لان قسمة ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقاً لا تعرى عن
معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالآخرى والحق عندى أن معنى كلام المصنف هنا
هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس بخلاف أن
يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار خشخاش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقطوا
كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجه الواضح هل يشبه
بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه يا جرحي المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع
لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر آتوا ولا نمنفعة نصب القاسم نعم العامة قد تكون
كفايته في مالهم غرماً بالغرم فتأمل في التوفيق (قوله ويجب أن يكون عدلاً ما مونا عالمياً بالقسمة) قال ناج
الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها جواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى أثره
صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوفاية فان صاحب
الوفاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً قال ذلك البعض لم يقل عدلاً ما مونا عالمياً كما وقع في
الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية
ليس بتمام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كلاً لا يخفى اهـ أقول المذكور في الهداية نفس العدالة
لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضى استدراك الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم

أخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي (قوله فان لم يفعل نصب قاسم ما يقسم بالاجر) وفي الذخيرة ويجوز
للقاضي ان يأخذ على القسمة أجراً ولكن المستحب ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة
حتى لا يفرض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفرض عليه جبر الآتي على القسمة الا ان لها شبهها بالقضاء
من حيث انها تستغاد بولاية القضاء حتى ملك القاضي جبر الآتي ولم يملك الاجنبي ذلك فن حيث انها ليست
بقضاء جازاً أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ الاجر عليها (قوله وأبعد من
التهمة) أي تهمة الميل الى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة (قوله عدلاً ما مونا) ذكر
لامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها جواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلموا فاقسموا) أي
الشركاء لم رفعوا الامر الى القاضي بل اقسما ما يشبههم باصطلاحهم فهو جاز لان في القسمة معنى المعاوضة
فتثبت بالتراضي كافي سائر المعاوضات (قوله ولا يترك القسام يشتركون) أي لا يتخلى القاضي القاسمين

باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كأي سائر المعاوضات وقوله (كاجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني إذا استأجر والكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصاء وكذلك الوزن واخاف (وقوله ان الاجر مقابل بالتميز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطباء والمنشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بآب الملك استوجب كمال الاجر اذ اقسام بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصاء ويزداد دقة بقلة الكثير لكسور ووفت فيه (٢٥٢)

بقدرة كاجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشترك كقوة قسمة المالك المشترك ولا يبي حنيقة أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يتعكس الامر يستعذر باعتباره فيتعلق الحكم بصل التميز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزان كان للقسمة قبل هو على الخلاف ون لم يكن للقسمة فالاجرة مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون المنتفع لنعمة ومضرة المنتفع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أي حنيقة حتى يقبوا البينة على موته وعدود ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم وبذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوي العقار وادعوا أنه ميراث قسم في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهم أن البديله الملك والاقرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كافي لا يجوز أن يراد بالعدالة تطورها كما أرادت في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية

المعينين وأنفسهم على رأيهم في الاشتراك ولا يعينون بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم الى غيرهم لانه لو عينهم في الاستعجار اهل القسم يكافون بزيادة على أجر المثل فينضرو به المتقاسمون بل يقول القاضي لكل واحد من القسمين استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الاجر فكان كل واحد منهم مأذونا بما جاز بالقسمة من جانب القاضي (قوله كاجرة الكيل والوزان) يعني اذا استأجر الكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصاء (قوله ولا يبي حنيقة) انه ان الاجر مقابل بالتميز وأنه لا يتفاوت) لان التميز الأقل من الأكثر كتميز الأقل و ربما يكون عمله في نصيب صاحب القليل أكثر لان الحساب يدق بقلة بعض الانصاء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير بكسور ووقع فيه ولم تعارض الوجهان اعتبر نفس التمييز (قوله وهو العذر) أي العذر هو ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق ولا يفصل أي لو أريد اجراء المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل أنه للقسمة أو لا والى صحت رواية الاطلاق مال الامام خمس الأئمة السرخسي رحمه الله حيث قال في المبسوط فلما أجز الكيل والوزان فقد قال بعض مشايخنا رحمه الله هو على الاختلاف فان المكيسل والموزون يقسم بذلك والكيل والوزان بمنزلة القاسم ثم قال والاصح ان أبا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما ويقول هذا انما استوجب الاجر بعمله في الكيل والموزون الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة فلهذا كانت الاجرة عليهم بما يقدر المالك بخلاف القسم (قوله وعنه انه على الطالب) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان الاجر على الطالب للقسمة دون المنتفع وقال صاحباه عليه السلام ان الطالب للقسمة انما يطلب المنفعة لنفسه والمنتفع انما يستعجز لضرر يلحقه بما افلامعني لا يجاب الاجرة على من لا منفعة له (قوله وفي أيديهم دار أو ضيعة) قديم حاله اذا كان في أيديهم عرض أو شيء مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق (قوله وادعوا أنهم ورثوها) قديمه لانهم لو ادعوا

الكثير لكسور ووفت فيه
فتعذر باعتباره والكثرة والقلّة
فيتعلق الحكم بصل التميز
بخلاف حفر البئر لان الاجر
مقابل بنقل التراب وهو
يتفاوت وقوله (وان لم يكن
للقسمة) بان اشتريا ميكيلا
أو موزونا وأمر انساها
بكيه ليصير الكل معلوم
القدر (فالاجر بقدر الانصاء
وهو العذر لو أطلق ولا
يفصل) يعني لو أطلق أبو
حنيفة رحمه الله في الجواب
وقال آجرة الكيل بقدر
عمله سواء كان الكيل
للقسمة أو لا فانه عذر في ذلك
هو التفاوت لان عمله في ذلك
لصاحب الكثير أكثر
فكان أصعب والاجر بقدر
العمل بخلاف القسم فانه
قد يعكس كما تقدم وقوله
(ولا يفصل) تأكيد وبيان
وقوله (وعنه) أي عن أبي
حنيفة (ان الاجر كله على
الطالب دون المنتفع لنعمة
ومضرة المنتفع) قال (واذا
حضر الشركاء عند القاضي
الخ) اذا حضر الشركاء عند
القاضي وفي أيديهم مال
وطلبوا قسمته فاما أن يكون

عقارا أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوها أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاوّل لم يقسمه القاضي حتى يقبوا البينة على موته وعدود ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق

(قال المصنف والكيل والوزان ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناجيب لتعليق الحكم بصل التميز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب للتعليق المذكور الا أن يقال الحكم لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتنا مسل ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كالاختي

وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذر كره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسم مما أن يكون لشبهة في الملك أولته متى ادعوا أو لما نزع المدعى في دعواه ولا شيء من ذلك يتحقق لان اليد دليل الملك والافرار أمانة والمدعى والفرع عدم المنازع فيقسمه بينهم كافي المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البيئتين ليس يلزم لأن لا تكون الاعلى منكرو ولا منكرو ههنا فلا تنفذ الا أنه يذكر في كتاب القسم أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترا فهم للثلاث يكون حكمه تعديا إلى غيرهم ولا يـ حنيفة أن القسم قضاء على الميت اذا التركة قبل القسم بمقا على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيه وتقتضى دينه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسم تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بهما (٣٥٣) بخلاف ما بعد القسم فان الزيادة

الموصى له فدل أن التركة بمقا على ملك الميت فكانت

القسمه قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار

الورثة أو بينهم باقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد

من البيئتين وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا

يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل

أحد الحاضرين مدعى والاخر مدعى عليه فان قيل

كل منهما مقر بدعى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعى عليه

أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه

خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الانسراح كونه

خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه

انما يقضى عليهما بالبيئتين بدون الميت وان كانا قري

بهما وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم

وحق غيرهم لانه ربما يكون لأحدهم دينه

ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج

المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بيئتين الاعلى المنكر فلا يفيد الا أنه يذكر في كتاب القسم أنه قسمه باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمه قضاء على الميت اذا التركة بمقا على ملكه حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقتضى دينه منها بخلاف ما بعد القسم اذا كانت قضاء على الميت فلا قرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيئتين وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما

قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها واحده بدون القرينة أو ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقريئة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لاني مجال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة أحصر ما وقع في الكتاب (قوله) وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كفي الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البيئتين مع اقراره قال بعض الفضلاء وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بان يكون مدعى والاخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لأقسم حتى يقيموا البيئتين على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى الجعل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه أما الاول فلان للقاضي ولا يتألف في أمثال هذا المقام تحصيل المقصود فترفع الجهة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البيئتين يقسم الدار ويجعل أحدا الحاضرين مدعى والاخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلاحيات يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر خذ حقه عليه فكل منهم يصير مدعى ومدعى عليه من حيثين مختلفين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجهة حيث نذاصلا أو أمثال الثاني فلان مقتضاها أن يتوقف اجتماع القاضى البيئتين وقسم الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقة المعبرة في هذه المسئلة من انتصار الورثة خصمهم عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالايجاع بعد أن أقاموا البيئتين على

الشراء من غائب قسم بينهم باقرارهم بالاتفاق (قوله) الا أنه يذكر في كتاب القسم أنه قسمه باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وذلك لان حكم القسمه بالبيئتين بخلاف حكم القسمه بالاقرار لان حكم القسمه بالبيئتين يتعدى الى الغير حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق فالقاضي يقضى لهما بالعتق ولا يكتفهما إقامة البيئتين على الموت وحكم القسمه بالاقرار لا يتعدى الا ترى انه لا يقضى بالعتق في هاتين الصورتين الا البيئتين تقوم على الموت كذا ذكره في الفصل الثاني من قسمه الذخيرة (قوله) وهو مفيد جواب عن قولهما ولا بيئتين الا

(٤٥ - تكملته الفقه والكفاية) - (ثامن) الى اقامة البيئتين ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة

(قوله) وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمه (الخ) أقول سيجي المسئلة في كتاب الوصية قوله فكانت القسمه قضاء على الميت فلا بد له من حجة أقول يعني لا بد للقضاء من حجة قال المصنف فلا قرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيئتين أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب اقامة البيئتين على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصمهم عن المورث) أقول وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بان يكون مدعى والاخر يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لأقسم حتى يقيموا البيئتين على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى الجعل مقصودهم

ولا يثبت ذلك إلا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قوله ما كفى المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظرا
الحزب الثاني أن المنقول مضمون (٢٥٤) على من وقع في يده بعد القسمة في القسمة عليه مضمون وناو في ذلك نظر لم يثبت بخلاف

عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كفى الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف
المنقول لأن في القسمة نظر الحاجة إلى الحفظ أما العقار فمعصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في
يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة
قضاء على الغير قال (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لأنه ليس في القسمة قضاء على
الغير فأنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاها
رجلان وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة أنهما) لاحتمال أن يكون
غيرهما قبل هو قول أبي حنيفة

مرت المورث وعدد الورثة كالأموال الموهوم من كتب الفقهاء بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلا
وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة أنهما) لاحتمال أن تكون لغيرهما
قال في العناية بأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيم البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في
أيديهما ملكا لغيرهما ما فأنهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيره وأن يكون
مشتريا فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الاملاك في يد من اكتسبها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول
لا يخفى على ذي فطنة سلمية أن قوله لأن الأصل أن تكون الاملاك في يد من اكتسبها غير مفيد هنا بل هو مخجل
بالمقام لأن ذلك الأصل أعني كون الاملاك في يد من اكتسبها يرجح كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم
بدون أقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة
في تعليل مسألة الجامع الصغير وأنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعتراض
بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فأنهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى أخوه حيث قال
فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما إلا لأن ادعاهما كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له وبه يظهر
وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك اه أقول يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن
لا يكون ملكا لهما أصلا لغيره وممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له غير تام فإن عدم التعرض
لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وأنما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا ما جاز استماع
البينة وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعامل الذي ذكره صاحب العناية
لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا أو أن يكون مشتريا يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم إن هذا كله
على تقدير استدراك قول صاحب العناية بل لأن الأصل أن تكون الاملاك في يد من اكتسبها لا خلاه بالفرق بين
الروايتين كأنه ناعليه آغاؤا على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط

على المنكر فلا يفيد لأن بعض الورثة يتنصب خصما عن المورث فإن قيل كيف يجعل خصما عنه والمقر
لا يصلح خصما قلنا لم يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كالوادي رجل دين على الميت وقدم وارثا من ورثته
إلى القاضي فأقرار الوارث بحقه فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال
الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فإن القاضي يقبل بينته ويحكم له بدنيه في جميع مال الميت لأن المدعي يحتاج إلى
إثبات الدين في حقه وحق غيره وكذا الوصي إذا أقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره بإبطال اقراره (قوله
وبخلاف المشتري) روى عن أبي حنيفة رحمه الله في غير الأصول أن القاضي لا يقسمها بينهم فسوى بين
الشراء والارث والفرق على الظاهر أن قضاءه بالقسمة في المشتري لا يضمن قطع حق البائع لأن بعد البيع
والتسليم لا يبقى على حكم ملك البائع وإن لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث (قوله

العقار عند أبي حنيفة رحمه
الله فإنه لا يصير مضمونا على
من وقع في يده عنده
(وبخلاف المشتري)
جواب عن قولهما والعقار
المشتري على ظاهر الرواية
فقد روى عن أبي حنيفة
في غير الأصول أن القاضي
لا يقسمه بينهم وسوى بين
الشراء والميراث وجه الظاهر
ما ذكره في الكتاب أن
المبيع بعد العقد لا يبقى على
ملك البائع وإن لم يقسم فلم
تكن القسمة قضاء على
الغير (قوله وإن ادعوا
الملك) هذا هو القسم
الثالث الموعود ومعناه
ظاهر قال المصنف رحمه
الله (هذه) يعني القسمة
فيما بينهم من غير أقامة
البينة (رواية كتاب القسمة)
وأعاد لفظ الجامع الصغير
لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى
يقيم البينة على الملك
لاحتمال أن يكون ما في
أيديهما ملكا لغيرهما
فأنهم ما لم يذكروا السبب
احتمل أن يكون ميراثا
فيكون ملكا لغيره وأن
يكون مشتريا فيكون
ملكا لهما لأن الأصل أن
تكون الاملاك في يد من اكتسبها
فلا تقسم احتياطا قيل
هذا قول أبي حنيفة خاصة

وعندهما تقسم بينهما لأنهما ما يقسمان في الميراث بل بالبينة ففي هذا أولى وقيل

(قوله فأنهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما إلا لأن ادعاهما كيف ولو كان
ملكا لهما التعرض له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك (قوله لا يكون ملكا لغيره) أقول يعني للميت

ونيل قول السكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تغتفر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضروا زماناً وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب (٣٥٥) الحاضرين وينصب للغائب وكيل يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع

سهو من الناسخ والصحيح في أيديهم لانهم لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب بان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأوجب بانه أطلق الجمع وأراد المثنى بقوله وارثان وأقاما البينة ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه لان فيه تغاراً للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة) يعني فيما إذا كان معهما صبي (عند أبي حنيفة رحمه الله) كما إذا كان معهما غائب (خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشركين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغروراً بشراء المورث) صورته اشتري

وقيل قول السكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تغتفر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضروا زماناً وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيل يقبض نصيب الغائب وكذلك لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشركين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلاف حتى رد بالعيب ورد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث وأباع ويصير مغروراً بشراء المورث فان نصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والأخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المختصين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ وهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح

جداً ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكاً لهما أصلاً لدلالة ثبوت أيديهم على أن ما فيها ملكاً لهما ما يكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكاً لهما هو الاعتماد على دلالته عليه فتدبر (قوله وقيل قول السكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تغتفر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تغتفر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التفرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول السكل فيما إذا ادعوا الشراء أضافي العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقضي أيضاً أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضاً فيما إذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضاً أنهم يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول السكل وبصورة ادعائهم الارث أيضاً على قولهما كما نهت عليه آتقبال يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما أي لم يدعي الملك ولم يتعرض له أصلاً في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انهما في أيديهم وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافتقرنا حينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيها سبب الملك من الارث أو الشراء وبو يده هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قبل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا البتداء وبيانه أنهم حالما ادعيا الملك ابتداء والبتداء ثبت ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه مالم ينزع غيره اذا اصل أن الاملاك في يد المالك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما إذا ادعيا البتد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهما لانهما طالبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتمت كذا ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل

والدار في أيديهم) أي في أيدي الحضور (قوله لان فيه نظر للغائب والصغير) أي يظهر نصيبهما مما في يد الغير فانه باقسمة يعزل نصيب الغائب فكان هذا محض نظر في حق الغائب والصغير (قوله ويصير مغروراً بشراء المورث) يعني لو اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً

المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة متو يرجع الوارث بها على البائع كاللورث

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما ية ولان البديل الملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البتداء صلح حجة للاستحقاق بل للدفع تامل (قوله لئلا يمتنع) أقول لئلا يمتنع الورثة قبله قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضع الفرق) أقول وفي صورة الارث يقوم الاخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبعية

الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودع أو كذا اذا كان في يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح لخصم واحد وكذا مقياسا ومقاسميا بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثالث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

قوله ما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيره الى هنا كلامه مقبصر (قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقول كله في يد

بالقيمة ويرجع الوارث بها وبالثلث على البائع كالمورث (قوله ولا فرق في هذا الفصل) اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم (قوله كما أطلق في الكتاب) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكره في المبسوط لانه قال في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير والغائب لم يقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح لخصم واحد وكذا مقياسا ومقاسميا بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثالث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها) يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه وقوله (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر اقامة البينة وقوله (هو الصحيح) احتراز عن ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح لخصم واحد وكذا مقياسا ومقاسميا بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثالث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

(قوله يعني فيما اذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما فقال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنفسه الخ) اذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد فان كان الاول قسم القاضي يطلب أحدهم جبراً على من أبي (لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب (٢٥٧) أحدهم على ما بيناه) برده قوله اذا

كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الاقرار بالتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلبه هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة وتوابعها لصاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أهمها طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لان دليل القول الاول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدوري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضي واصله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما يتناصرا (يستصغر) كل

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم) قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنفسه قسم يطلب أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وان كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لانه نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلبه هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أهمها طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستنصر لغيره لم يقسمهما الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها

الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما أو أهما فيها اذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا ينشئ فيها ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضر من في صورة نقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكره في موضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعهما من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم) لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم

القاضي عن الصغير ومما اذا كان حاضراً اما اذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصي لان القاضي لا ينصب الخصم عن الغائب الا الضرر وروى متى كان المدعي عليه موصياً لوقع العجز عن جوابه لم يكن عجزاً عن احضاره فلا ينصب القاضي خصماً عنه في حق الحضرة فلم تصح الدعوى لانه الانصاف من غيره مدعى عليه حاضر ولا كذلك اذا حضر لان المدعى تصح عليه لكونه حاضراً الا أنه عجز عن الجواب فينصب خصماً يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره وجوابه لا يتصور فينصب واحداً في الامر من جميعاً

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم) (قوله عند طلب أحدهم على ما بينا) إشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الاقرار بالتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الخ (قوله فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) كذا ذكر الجصاص رحمه الله وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا من طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر بضر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملكه شرعاً كما لو ان منع غيره من الانتفاع بملكه وأما الثاني فتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب التعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنفسه لانه نصيبه لا معنى من جهة صاحب الكثير (قوله وذكر الجصاص على عكس هذا) أي لو طلب صاحب القليل قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر في بعض النسخ الانصاف مكان الجصاص والاصح هو الجصاص لان الاول قول الجصاص (قوله وذكر الحاكم في مختصره أن أهمها طلب القسمة قسم) والوجه قد اندرج فيما ذكرناه وهو ما ذكرناه لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه وقوله والاخر يرضى بضر نفسه

منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمهما الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها

(فصل) فيما يقسم وما لا يقسم (قوله وذكر الجصاص على قلبه هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسأحة والظاهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل واباء صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير واباء صاحب القليل (قال المصنف لم يقسمهما الا بتراضيهما) أقول يخالف لما في شرح الكنتز ليل

وتجوز بتراضهم حالان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) كالشباب مثلا
يعنى به يجبر على ذلك لان فى حق (٣٥٨) التراضى لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحاد الصنف يقسم المقصود فيحصل التعديل فى القسمة

والتكميل فى المنفعة ولا
يقسم الجنس بين بعضهما فى
بعض لعدم الاختلاط
بين الجنسين فلا تقع القسمة
تتميز ابل تقع معاوضة وسيلها
التراضى دون جبر القاضى
وقوله (و يقسم القاضى
كل مكمل وموزون الخ) ظاهر
وقوله (ولا يقسم شاة و بعير)
يعنى لا يقسم جبراً فى هذه
الاشياء قسمة جمع بان يجمع
انصيب أحد الورثة فى الشاة
خاصة وانصيب الآخر فى البعير
خاصة بل يقسم الشاة بينهم
جميعاً على ما يستحقون منها
وكذلك فى البعير وغيره
والاوانى المتخذة من أصل
واحد كالاجانة والقمة
والطشت المتخذة من صفر
ملحقة بمقتضاها الجنس فلا
يقسمها القاضى جبراً وكذلك
الاوانى المتخذة من القطن أو
الكنان اذا اختلفت بالصنعة
كالقباء والجبة والقميص
(و يقسم الشباب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوباً
واحداً لاختلاف القسمة على
الضرر) بسبب القطع لان
فيه اتلاف جزء فلا يفعل
القاضى مع كراهة بعض
الشركاء فان رضيا بذلك
قسمه بينهما

(قوله ويقسم العروض اذا
كانت من صنف واحد
كالشباب مثلا يعنى به يجبر على
ذلك لان فى حق التراضى

وتجوز بتراضهم حالان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر قال (و يقسم
العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتعد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة
والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما فى بعض) لانه لا اختلاف بين الجنسين فلا تقع القسمة
تتميز ابل تقع معاوضة وسيلها التراضى دون جبر القاضى (و يقسم كل مكمل وموزون كثيراً وقليلاً والمعدود
المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بافرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعير أو برذونا
وجاراً ولا يقسم الاوانى) لانها باختلاف الصنعة تختلف بالاجناس المختلفة (و يقسم الشباب الهروية)
لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوباً واحداً) لاشتمال القسمة على الضرر اذ لا يتحقق الا بالقطع

القاضى شيئاً وانما الملزم طلب الاتصاف من القاضى وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل
كذا فى العناية ومعراج الدراية وهو المذكور فى الذخيرة وزاد عليه فى النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل
واحد منهم اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعاً القسمة لم يقسمها القاضى بينهم فكذا اذا
كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سياتى فى الكتاب بقوله
وان كان كل واحد من حايسته ضرراً صغره لم يقسمها الا بتراضهم اذ لا يدل على أن القاضى يقسمها عند تراضى
الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال وتجوز بتراضهم حالان الحق لهما وهما
أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التامل وجدت نوعان من التدافع بين

(قوله والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول) وهو قوله وان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب
صاحب القليل لم يقسم وجهه الاصح هو ان رضا صاحب القليل بالترام للضرر لا يلزم القاضى شيئاً
وانما الملزم طلب الاتصاف من القاضى وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل
ألا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب القسمة لم يقسمها القاضى بينهما
فكذا اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة (قوله وتجوز بتراضهم حالان الحق لهما) فان
قبل بشرط لصحة القسمة ان ينتفع بالقسوم كما كان قبل القسمة فلذلك شرط الجبر عليه لاشترط
القسمة بالتراضى اذ ذلك الشئ حقهما فلهما ان يعطيه ما شاء (قوله ويقسم العروض) أى جبراً اذا
كانت من صنف واحد (قوله ولا يقسم شاة و بعير أو برذونا وجاراً) أى لا يقسم جبراً فى هذه الاشياء
قسمة جمع بان يجمع انصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة وانصيب الآخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم
جميعاً على ما يستحقون وكذلك فى البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض
المنفعة لا تكملاً (قوله ولا يقسم الاوانى) أى التحقت الاوانى بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان
أصلها واحداً كالاجانة والقمة والطشت المتخذة من الصفر مثلاً وكذلك الاوانى المتخذة من القطن اذا
اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضى بعضها فى بعض (قوله ويقسم الشباب
الهروية لاتحاد الصنف) وفى المبسوط وان كان الذى بين الشركاء ثوباً طياً أو باهروياً أو ساداً أو بساطاً
لم يقسم الا براضهم لان فى الاجناس المختلفة تكون القسمة بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين
يملك على نصيبه من الجنس الذى يأخذ عوضاً مملوكه من نصيب نفسه من الجنس اذ آخر وفى المعاوضات
لا بد من التراضى (قوله ولا يقسم ثوباً واحداً) أى عند طلب أحد الشريكين دون الآخر لاشتمال القسمة
على ضرر اذ لا يتحقق الا بالقطع وفى قطعها اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء فان
رضيا بذلك جميعاً قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا لا يفعل القاضى
ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان فى هذه القسمة اتلاف جزء والقاضى

لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ / أقول قوله لان فى حق التراضى الخ تعليل لقوله يعنى به
يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(بجلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقية في المغنم وذلك (لان حق الغنائم في المالك حتى كان للامام بيعها وقسمته ثم ما وهبها يتعلق بالعين والمالية فانزاعا فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد مع فصار كسائر الحيوان فليكن في القسمة كذلك أجب بان القسمة تحتاج الى الإقرار ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رضى) والاصل في هذا أن الجهر في القسمة انما يكون عند انتفاء (٣٦٠) الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي

بخلاف المغانم لان حق الغنائم في المالك حتى كان للامام بيعها وقسمته ثم ما وهبها يتعلق بالعين والمالية جبهه فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللاقي واليوافق وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على الإطلاق لان جهالة الجواهر أغشى من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على الزوجة أو باقوتة أو خالع عليها لاتصح التسمية ويصح ذلك على عبد فأولئك أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رضى الشر كاه وكذا الخائض بين المدارس) لانها اشتملت على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال (واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة وفي قول أبي حنيفة وقالان كان الأصل لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انهما جنس واحد سواء وصورة ونظر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجه السكنى فيغوض اثر رجوع الى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا التزوج على دار لاتصح التسمية كما هو الحكم فيها في النوب بخلاف الدار الواحدة اذا

قسمة البئر والحمام والرضى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا باتراضى ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا باتراضيهما (قوله واذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازمة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربهم في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة فابعضها ببعض قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة وبعضها في أقاليمها لان المنزل فوق البيت خون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور

(قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رضى الا برضا الشر كاه) قال صاحب العناية والاصل في هذا أن الجهر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرضى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا باتراضى انتهى أقول تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بدعا فقد تقر في امرأته اذا كان أحد الشر كاه ينتفع بنصيبه والاخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهدى وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بذلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشر كاه ويجعل ذلك مدارا لعدم الجهر في القسمة

الذي هو مع الرقيق يجعل أصلا في القسمة وحكم القسمة يراى فيه فيثبت في الرقيق أيضا تبعها وقد ثبتت حكم العقد في الشيء تبعها وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في البيع والمقولات في الوقف (قوله لا يقسم حمام ولا بئر ولا رضى) الى قوله بخلاف التراضي على ما بين اشارة الى ما ذكره في أوائل هذا الفصل فان كان كل واحد يستضر بصغره لم يقسمها الا باتراضيهما (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة) أي عندهما للقاضي ان يقسم بعضه في بعض كفي الدور وعند أبي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها متفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور والاجناس المختلفة (قوله كما هو الحكم فيها في النوب) أي في الوكالة والتسمية في المهر رأى لو وكل رجلا بشراء دار لا يصح التوكيل كولو وكاه بشراء نوب وكذا التزوج امرأه على دار لاتصح التسمية

اختلفت

فهى تشبه البيوت من وجوه فليشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أماكن متفرقة تقسم قسمة واحدة وقسمتها واحدة وهما في الفصول كلها يقولان

(قوله أو لاحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق انه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليست أمثل (قوله وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق

ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسم على ذلك وقوله (على مامر) يعني في باب الحقوق من كذب البيوع (قوله وان كانت دار وضعية
أودار وحانوت الخ واضح الامان ذكره انما يخص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كذب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي خراجهما
الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالخانوت) أي بمنافع الخانوت لانه لو جعل نفس (٢٦١) الخانوت أجرة لمنافع الدار صرح وقوله

(أوتبني حرمة الر باهناك)
أي في اجارات الاصل (على
شبهة المجانسة) يعني ان كانت
منافع الدار ومنافع الخانوت
مختلفة رواية واحدة تحمل
حرمة الر باهناك على شبهة
المجانسة بين منافع الدار
والخانوت لاتحاد أصل
السكنى المقصود منهما
واستشكل كلامه هذا لانه
يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة
فان الجنس اذا اتحد كان
بمثلة مبادلة لشيء يجنسه
نسيئة وبالجنس يحرم
النساء عندنا كما تقدم وفي
ذلك شبهة الر بافاذا اعتبر
شبهة الجنسية كان ذلك
اعتبارا للشبهة والشبهة والمعتبر
الشبهة دون النازل عنها وقد
قال شمس الأئمة الحلواني
رحمه الله امان أن يكون في
المسئلة روايتان أو يكون
من مشكلات هذا الكتاب
ويمكن أن يقال لا اشكال
فيه لان المراد بشبهة المجانسة
الشبهة الثابتة لانه قال
جنس واحد فكيف يقول
بشبهة المجانسة وجه آخر
في التوفيق أن راد
باختلاف الجنس الاختلاف
من حيث اختلاف الذات
فلا تجوز القسم الواحد

اختلفت بيوتهم الان في قسمة كل بيت على حدة ضرر اقسمت الدار قسمة واحدة قال يرضى الله عنه تقييد الوضع
في الكتاب اشارة الى أن الدار بن اذا كانت في مصر بن لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما
وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة أو بحال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما
يسير والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباينة كالدور ولانه بين الدار والبيت على مامر من قبل فأخذ شبهة من كل
واحد قال (وان كانت دار وضعية أودار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال يرضى
الله عنه جعل الدار والخانوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالخانوت
لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الر باهناك على شبهة المجانسة

(قوله وان كانت دار وضعية أودار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف
جعل الدار والخانوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالخانوت
لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الر باهناك على شبهة
المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسار واية واحدة
والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي
الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني امان أن يكون في
المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب
العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد

يكون زوج على ثوب (قوله تقييد الوضع في الكتاب) اشارة الى وضع المسئلة في الكتاب في دور مقيدة
بكونها في دور مقيدة بكونها في مصر واحد اشارة الى ان الدار بن اذا كانت في مصر بن لا يجتمعان في
القسمة عندهما كذا روى هلال عنهما وعن محمد رحمه الله أنه يقسم أحدهما في الاخرى ثم هي
ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الارضا الشراكة
سواء كانت متباينة أو متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازمة لانها
تتفاوت في معنى السكنى ولهذا اقترح باجرة واحدة في كل محلة والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة
متلازمة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزل على حدة كان في محلة أو في محلة
لان المنزل فوق البيت ودون الدار والقعق المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالدار اذا كانت متباينة
وقال في الفصول كلها ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسم على ذلك (قوله وقال في اجارات الاصل
ان اجارة منافع الدار بالخانوت لا تجوز) أي بمنافع الخانوت وهذا يدل على انهما جنس واحد ساعرف ان
اجارة السكنى بالسكنى لا تجوز وكذا اجارة أرض للزراعة بزيادة أرض أخرى لا تجوز فيجعل في المسئلة
روايتان (قوله أو تبني حرمة الر باهناك) أي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة أي هما جنسان مختلفان
رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه
الله كذا ذكره في الهداية وهو مشكل هذا الاشكال صدر من صاحب الكافي لانه يؤدي الى اعتبار شبهة
الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني امان أن يكون في المسئلة روايتان
أو يكون من مشكلات هذا الكتاب

وباتحاد الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتع الاجارة لشبهة الربا

(٤٦) - (تكملة الفتح والكفاين - ثامن)

لهم الخ فتأمل (قوله واشتبه كل كلامه) أقوله هذا في الكافي (قوله ويمكن أن يقال) أقول يعني في جواب الاستشكال (قوله لان المراد
بشبهة المجانسة الشبهة لثابتتها) أقول يعني انهما متحد الجنس نظر الى أصل السكنى فبني حرمة الر باعليه ومختلفا الجنس نظر الى اختلاف
المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل

(فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية تصفة فتشيع جوار أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) إذا شيع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كغدة أن فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا (٣٦٢) ليكنه حفظه أن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي ليتولى الأقراع بينهم بنفسه (و يعدله

(فصل في كيفية القسمة) قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليكنه حفظه (و يعدله) يعني يسو به على سهام القسمة و يروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (و يدعه) ليعرف قدره (و يقوم البناء) لحاجته إليه في الآخرة (و يفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه) حتى لا يكون لنصيب بعضهم نصيب الآخر تعلق فتقطع المنازعة و يتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا التمكن القسمة وقد شرعناه مشبها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب و يفرز كل نصيب بطريقه و شر به بيان الأفضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

كان بمنزلة مبادلة الشيء بحجسه نسيت وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة إلى بافاذا اعتبر شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة واعتبارا للشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني أما أن يكون في المسئلة وابتدأ أو يكون من مشكلات هذا الكتاب يمكن أن يقال لا شك فيه أن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبني حرمة الرابها على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حيث تد على اتحاد الدار والحاو في الجنس ومدار مسئلة تنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه البليغ يحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهم ما تعدد الجنس نظر إلى أصل السكنى فتبني حرمة الرابها على مختلفه نظر إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة قليلا أمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أنه لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلا بد لا يدفع الاشكال المذكور واذا حصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة قبول بناء حرمة الرابها على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت في ما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظر إلى أصل السكنى واختلافه نظر إلى اختلاف المقاصد تحقيق في الدوام والمشاركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل لهم قسمه ببعضهما البعض في بعض قسمها القاضي أكبر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكره لموافق الامام أن أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منقهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه اما دار وضعة أو دار وحافوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا اختلاف الجنس اه

(فصل في كيفية القسمة) لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم فرغ في بيان كيفية القسمة فيما

(فصل في كيفية القسمة) (قوله وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) أي ينبغي للقاسم تصوير ما يقسمه على قرطاس ليكنه حفظه اذ يرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتى يتولى الأقراع بينهم بنفسه ان

يعنى يسو به على سهام القسمة و يروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (و يدعه) ليعرف قدره (و يقوم البناء) لحاجته إليه في الآخرة (و يفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه) حتى لا يكون لنصيب بعضهم نصيب الآخر تعلق فتقطع المنازعة و يتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدسا جعلها أسداسا التمكن القسمة وقد شرعناه مشبها في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب و يفرز كل نصيب بطريقه و شر به بيان الأفضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح
(فصل) في كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصویر ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

واقعه

قوله (والقرعة لتطبيب

القلوب) جواب الاستحسان

والقياس يا باهالانه تعليق

الاستحقاق بخروج القرعة

وذلك تارة لهذا تجوز

علمنا واستعمالها في دعوى

النسب ودعوى المال

وتعيين المطلقة ولكن

تركناها هنا بالتعامل

الظاهر من لدن رسول الله

صلى الله عليه وسلم الى يومنا

هذان غير نكبر وليس

في معنى القمار لان أصل

الاستحقاق فيه يتعلق بما

يستعمل فيه أو ما نحن فيه

فليس كذلك لان القاسم

لوقال أنا عدلت في القسمة

نقدت هذا الجانب وأنت

هذا الجانب كأن مستقما

الآنه ربما ينقسم في ذلك

فيستعمل القرعة لتطبيب

قلوب الشر كما هو في تهمة

الميل عن نفسه وذلك جاز

الآن ترى أن ذكر كريا عليه

السلام حيث استعمل

القرعة مع الاحبار في ضم

مريم الى نفسه مع علمه بكونه

أحق بها لكونها خالها

عنده تطيبا لقلوبهم قال

(ولا يدخل في القسمة الدراهم

والدنانير الخ) جماعة في

أيديهم عقار طنبوا قسمته

وفي أحد الجانبين فضل فاراد

(قوله وليس في معنى القمار

لان أصل الاستحقاق فيه)

أقول الضمير في قوله فيه

راجع الى القمار (قوله

الآن ترى أن ذكر كريا عليه

السلام) أقول الظاهر أن

والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء في ذلك الإلزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يغوث به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تملك له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو الأصل في المسوحات ثم يردس وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ ولا يثبت في المال ثم علك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شر يكة بمقابلة البناء

يقسم لان الكيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس يا باهالانه استعمال القرعة تعليق

لم يأمره بالاقرار ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب أسماءهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والأصل ان ينظر في ذلك الى الأقل من الانصبا حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسدسا يمكن القسمة وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة لآل حدهم عشرة أسهم ولا يخرج ستة ولا خمسة وأردوا قسمتها فسمت على قدر سهامهم عشرة وخمسة واحدة وكيفية ذلك ان تجعل الأرض على عدد سهامهم وسويت وعدلت ثم تجعل بنادق سهامهم عدد رؤسهم ويقرع بينهم فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السوام وهو أول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب العشرة أعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فأول بندقة تخرج توضع على طرف من أطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت البندقة عليه وتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة ونفسير البندقة ان يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوى كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفهم حتى تصير مستديرة فتكون شبيهة البندقة (قوله والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل) فان قيل في الاقتراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام قلنا ليس هذا في معنى القمار في القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا أصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء ذلك الإلزام الآنه ربما ينقسم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشر كما هو في تهمة الميل عن نفسه وذلك جاز الآن ترى ان يؤنس عليه السلام استعمال القرعة في مثل هذه مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحفين وهذا لانه علم انه هو المقصود ولكن لو أتى نفسه في المأمر بما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذا ذكر كريا عليه السلام استعمال القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه وقد كان علم انه أحق بهم لان خالها كانت عنده ولكن استعمال القرعة لتطبيب القلوب هم قال الله تعالى اذ يلقون أتسلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر أقرع بين نسائه مع انه لاحق لهم في القسمة حالة السفر تطيبا لقلوبهم (قوله ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) أي لا يدخل الدراهم التي ليست من التركة ليجبر بها انقصان بعض الانصبا وصورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فاراد أحد الشركاء ان يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر ان يكون عوضه من الأرض فانه يجعل عوض البناء من الأرض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بأزاء البناء من الدراهم الا اذا تضرع فيشدد القاضي ذلك (قوله ودراهم الآخر في ذمته) أي وقت القسمة (قوله

أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة فيها فيه الشركة ولأنه يغوث التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها وليس بين ما يصل إليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ ولا يثله في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومجدره الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه فإن لم تف العرصه بقيت البناء فينشد برد الفضل دراهم لأن الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها وهذاوافق رواية الأصل لأنه قال فيه يقسم الدار مزارعة فلا يجعل لأحدهما على الآخر فضلا من (٢٦٤) الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني أن قسم القسام الدار

المشتركة بين الشريكين ولا أحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو ما أن يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) وبسبيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتميز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسبيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت بخلاف البيع فأنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط (وإن لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك في القسمة أولا فان كان الثاني

ما يساويه من العرصه وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان كان لثاني العرصه بقيت البناء فينشد برد الفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها وهذاوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم) ولا أحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسبيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وإن لم يمكن) فاختت القسمة لأن المقصود من هذه الصورة أن لا يفسد في هذه الصورة لأن المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الافراز والتميز وتعمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا يجوز علمنا أن استعمالها في دعوى النسب ودعوى المالك وتعيين العتق أو المطلقة وتلك آثار كتنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكثير منكر وليس هذا في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه فبما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القائم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما ألا ترى بما ينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشر كاه وفي نية المبل عن نفسه ذلك جائزا ألا ترى أن نونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لأنه علم أنه هو وأنه) أي البيع يجامع تعذر الانتفاع بمن اشترى بحشا صغيرا أو أرضا مسجحة فانه يجوز وإن كان لا ينفع به المشتري فاما القسمة فالمقصود منها إبطال كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه أو إبطال كل واحد منهما إلى الانتفاع به

مسبيل ماء فلهذه قسم وقعت على الضرر فلا يجوز وصورة دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسبيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما وأصاب الصفة أحدهما وقطعت من الساحة وأصاب البيت أحدهما وقطعت من الساحة ولم يذكر وأطريقا ولا مسبيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابا فيها أصابه من الساحة ويسبيل ماء في ذلك فأراد أن يمر في الصفة على حاله ويسبيل ماء على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما أن له أصابه بكل حقه أو لم يشترط ذلك بخلاف البيع (قوله ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول) أي فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسبيل عنه (قوله فكذلك الجواب) أي ليس له أن (فمختت القسمة لأنها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع) فانه إذا باع دارا أو أرضا ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسبيل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لأن المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال) كمن اشترى بحشا صغيرا (وأما القسمة فأنها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق) وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسبيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على يقال ألا ترى إلى أن الخ (قوله لأنه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتفاق في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة) أي قوله بان لا يبقى لكل واحد منها ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل إلا بالشرط) أقول في الأخير بيع نوع تامل

ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن في القسمة تكميبا وافترازا والحقوق بالنظر إلى التكميل ندخل وإن لم تذكر
بالنظر إلى الافتراز لا ندخل وإن ذكرت لأن دخولها ينافي الافتراز فقلنا ندخل (٣٦٥) عند التنصيص ولا ندخل عند عدمه

اعمالا الوجهين بقدر
الامكان بخلاف الاجارة
حيث ندخل فيها بدون
التنصيص لأن كل المقصود
الانتفاع وهو لا يحصل
الابادخال الشرب والطريق
فندخل من غير ذكر
(ولو اختلف الشركاء في
رفع الطريق بينهم عن
القسمة) فقال بعضهم لا ندع

طريقا مشتركا بيننا بل نقسم
الكل وقال بعضهم بل ندع
ينظر القاضي في حالهم ان
كان يستقيم لكل واحد
طريقا في نفسه (قسم
الحاكم بغير طريق يترك
للمعاملة لتحقيق الافتراز
بالسكية دونه) أي دون
رفع الطريق (وان كان
لا يستقيم رفع طريقين
جاءتهم لتحقيق تكميل
المنفعة فيما وراء الطريق
ولو اختلفوا في مقداره) أي
في سعة الطريق وضيقة
وطوله فقال بعضهم تجعل
سعة الطريق أكبر من عرض
الباب الأعظم وطوله من
الاعلى إلى السماء وقال
بعضهم غير ذلك (جعل على
عرض الباب وطوله لأن
الحاجة تندفع به) فلا فائدة
في جعله أعرض من ذلك
وفائدة تسمتها وراء طول
الباب من الاعلى هي ان أحد
الشركاء اذا أراد ان يشرع

تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر وفيما هو السبيل مختلف
البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع
وهو التملك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك
بالطريق والمسيل فندخل عند التنصيص باعتباره وفيما معنى الافتراز وذلك بانقطاع التعليق على ما ذكرنا
فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع
وذلك لا يحصل الابادخال الشرب والطريق فندخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في
القسمة) ان كان يستقيم لكل واحد طريق في نفسه قسم الحاكم من غير طريق برفع لجاعتهم لتحقيق
الافتراز بالسكية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك ورفع طريقين جاعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء
الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به

المقصود ولكن لو أتى نفسه في الماء بما نسب إلى ما لا يليق بالإنبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكرنا
عليه السلام استعمل القرعة مع الاجبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بهم منهم لكونها لها عنده
تأييدا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يقولون اقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع
بين نسائه اذا أراد ان يسفر تطيبها لقلوبهن انتهى كلامهم وعزاني النهاية وتومعراج الدراية هذا التفصيل إلى
يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مجموع ذكر الحقوق ثم المرام من ذكر الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه وأما
اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل ماؤه فانه يثبت هذه الحقوق (قوله وفي الوجه الثاني) أي فيما اذا
لم يكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل فيها أي لو ذكر الحقوق لأن القسمة تملك المنفعة وذلك بالطريق
والمسيل فندخل عند التنصيص باعتباره أي باعتباره تكميل المنفعة وفيما معنى الافتراز فباعتباره لا يدخل من
غير تنصيص أي باعتباره معنى الافتراز لا يدخل الطريق الذي في نصيب الآخر وذلك لأن معنى الافتراز لما كان
مراعى في القسمة كان ينبغي ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه وان ذكر الحقوق
في القسم فإنه حينئذ لا يحصل الانقطاع والافتراز من كل وجه لكن في القسم وان كان معنى الافتراز فيها
معنى تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق (قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص)
أي بدون ذكر الحقوق لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الابادخال الشرب والطريق فندخل من
غير ذكر وقد أورد في مسألة الاجارة شبهة في القسم حيث لم يدخل الطريق والمسيل في القسم من غير ذكر
الحقوق لتعديج القسم حيث في سعة القسم قد دخل في الاجارة لتعديج الاجارة فقال فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان يدخل الطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتعديج القسم كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتعديج المنفعة قلنا ان هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة
لكن يتوصل به إلى الانتفاع باستأجر الاجارة بما يستوجب للاجرا اذا تمكن المستأجر من الانتفاع في ادخال
الشرب والطريق توفير الشفقة عليهم ما قاما ههنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسم فيوجب القسم
اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو ائبقنا لاحدهما حق في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز
الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل
بدون ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد في المختصر انهم ما يدخلون من غير ذكر فعل هذا الاحتجاج إلى الفرق
(قوله ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسم) أي قال بعض الشركاء برفع طريقين بينهما وقال بعضهم
لا يرفع (قوله ولو اختلفوا في مقدار الطريق) أي في سعة وضيقة جعل الطريق بينهم على عرض باب

جناحي نصيبه ان كان فوق طول الباب كانه ذلك لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بائنا على خالص حق وان كان فيما
دون طول الباب يمنع من ذلك لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بائنا على الهواء المشترك وهو لا يجوز زمن غير رضا الشركاء وان كان المقسوم
أرضا يرفع من الطريق بمقدار ما يرفع فيه نور واحد لانه لا بد لارتفاعه من ذلك ولا يجعل مقداره ما يرفع فيه نوران معا وان كان معناه إلى ذلك لانه كما

(والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما ثلاثا جازوا أن كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال (واذا كان سفلا لعلو عليه وعلولا سفلا له وسفلا له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

المبسوط أقول بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بأن مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس بآي ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخران هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكرنا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على أنه ليس مما ياباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا قديما (قوله وإذا كان سفلا لعلو عليه وعلولا سفلا له وسفلا له علو) قال صاحب العناية صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفلا مشترك بينهما وعلوه لآخر وبنت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلباً من القاضي القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلوم السفلى قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله اه وقد أخذ السراح المزبور ذلك التقييد بما ذكر في النهاية ومعرّج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فإن قيل كيف يقسم العلوم السفلى قسمة واحدة عند أبي حنيفة فمن مذهب أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذ لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهم ما كانوا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا اه وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الأصلية أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الأول فلان ذلك التقيد بخالف الروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير اه ولا شك أن المحلة فوق الدار فإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور ومعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الارض الشر كاه سواء كانت متباينة أو متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازمة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر بآخرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالذور اذا كانت متباينة فتولا في الفصول كلها ينظر القاضي الى أصل الوجه ليمضي القسمة على ذلك اه

الدار وطوله لان باب الدار طريق متفق عليهم والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك في المدخل فكذلك السالك (قوله والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة في غير الطريق لافيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى لا طوله من حيث المشى هكذا ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه وقال ولم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الذي هو ضد العرض لان ذلك الطول انما يكون الى حيث ينتهيون بها الى الطريق الاعظم وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشر كاه اذا اراد ان يخرج جنانا في أهيب ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بابا صالحا لصفه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشر كاه وان كان أرضا رفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد لذلك من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معاوان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى الجحلة فيؤدي الى مالا يتناهى (قوله وإذا كان سفلا لعلو) له في مسئلة الكتاب ان يجعل

يحتاج الى هذا يحتاج الى الجحلة فيؤدي الى مالا يتناهى كذا في النهاية وبقي رحمه واضح قال (واذا كان سفلا لعلو له) صورة المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفلا مشترك بينهما وعلوه لآخر وبنت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلباً من القاضي القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلوم السفلى قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله اه وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الأصلية أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الأول فلان ذلك التقيد بخالف الروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير اه ولا شك أن المحلة فوق الدار فإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور ومعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الارض الشر كاه سواء كانت متباينة أو متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازمة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر بآخرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالذور اذا كانت متباينة فتولا في الفصول كلها ينظر القاضي الى أصل الوجه ليمضي القسمة على ذلك اه

له محمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذهم بأوسر داباً وأصطبلأ وغير ذلك فلا يتحقق التعديل
 إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة قياساً إليه ما أمكن
 والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ترجمه
 الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ترجمه الله ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل
 عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو

وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقاً التقار بما في
 معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيان في فتاواه حيث قال وإن كان بين رجلين بيتان له أن يجمع نصيب
 أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان أن كانا منفصلين فهما كالدارين
 لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كاليقين له
 أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحب الدار والبيت سواء والرأى
 فيه لا قاضى انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع
 متصلين كانا أو منفصلين اهـ إلى غير ذلك من المعبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن
 يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق وأما الثاني فلأنه إن أراد بالتراضى في قوله أو في
 دارين لكن تراضياً على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه
 بين ثمتنا لثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالسكينة فإنه يجوز القسمة على وفق
 تراضيهما على معنى معين كقوله كانا بلان خلاف من أحد الأبرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة عند أبي
 حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بهم عنده أيضاً كما صرحوا به فاطمة تروان أو يد
 بالتراضى المذكور تراضيهما على جرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية
 والذريعة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى
 المعادلة فيما بينهما لم يغدا التقيد بذلك شيلاً لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فإن كان مذهب أبي
 حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة
 واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها
 وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فإما معنى
 اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذهم بأوسر داباً
 أو سر داباً وأصطبلأ وغير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن
 يراعى قوله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وأن العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في
 موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملاءم وغير ذلك فإن مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون
 العكس تقتضى تفضيل السفل على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافى تقسيم ذراع من سفل
 بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافى القسمة بالذرع أصلاً ويقتضى
 المصير إلى القسمة بالقيمة لا يتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر
 والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
 واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو

وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقاً التقار بما في
 معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيان في فتاواه حيث قال وإن كان بين رجلين بيتان له أن يجمع نصيب
 أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان أن كانا منفصلين فهما كالدارين
 لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كاليقين له
 أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحب الدار والبيت سواء والرأى
 فيه لا قاضى انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع
 متصلين كانا أو منفصلين اهـ إلى غير ذلك من المعبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن
 يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق وأما الثاني فلأنه إن أراد بالتراضى في قوله أو في
 دارين لكن تراضياً على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه
 بين ثمتنا لثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالسكينة فإنه يجوز القسمة على وفق
 تراضيهما على معنى معين كقوله كانا بلان خلاف من أحد الأبرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة عند أبي
 حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بهم عنده أيضاً كما صرحوا به فاطمة تروان أو يد
 بالتراضى المذكور تراضيهما على جرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية
 والذريعة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى
 المعادلة فيما بينهما لم يغدا التقيد بذلك شيلاً لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة فإن كان مذهب أبي
 حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة
 واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها
 وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فإما معنى
 اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذهم بأوسر داباً
 أو سر داباً وأصطبلأ وغير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن
 يراعى قوله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وأن العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في
 موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملاءم وغير ذلك فإن مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو بدون
 العكس تقتضى تفضيل السفل على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافى تقسيم ذراع من سفل
 بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافى القسمة بالذرع أصلاً ويقتضى
 المصير إلى القسمة بالقيمة لا يتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتى ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر
 والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
 واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو

بأبلة ما تنذر من العلو المجرى ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع أى سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه أو عليه علو
 لا آخر وعلو لا سفل له أى علو مشترك بين رجلين وسفله لا آخر وسفل مشترك بينهما (قوله وقيل
 أجاب كل واحد على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو) وقيل إن أبا حنيفة ترجمه الله أجاب
 بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو

(قوله أو هو معنى فقهي)
 أقول معطوف على قوله
 اختلاف عادة أهل عصر

وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير ذلك لا يمكنه البناء على علو الارض صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسفر حجه انه أن (٢٦٨) المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لكل واحد

واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير ذلك لا يمكنه البناء على علو الارض صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى ولا يوسفر أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان

واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلاف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تجربته حيث قال والعكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقا هو تفضيل العلو على السفلى مطلقا وليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقا كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى والله در صاحب المهدي في حسن تجربته وأصابته حيث قال في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب المحرز في إفادة عن المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الآن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما ولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الأصل التسوية في السكنى لا في المرافق إذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد في المرافق فيصار إلى ما هو الأصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ثم رآه ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهو ذراع من سفلى بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ما نفا لانه لا معنى لقوله الآن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة هان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفلى فيه منفعة السكنى إلى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد بعزل عن ذلك القولين معافلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أرقوله وهو غير ظاهر ليس يصحح إذا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا يوسفر أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التعر بر أن يقال إن أصل المقصود (قوله واستوائهما) فأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين السفلى والعلو في منفعة السكنى (قوله وتفضل السفلى مرة والعلو أخرى) ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات في البلدان في ذلك فقال انما يقسم بالقيمة

منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة اليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة وقوله لا يقتصر إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرذ ثلاثة وثلاثون وثلاثون من السفلى لان العلو عنده مثل نصف السفلى فثلاثة وثلاثون وثلاثون من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرذ وثلاثة وثلاثون وثلاثون من سفلى الكامل في مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرذ فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرذ ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستون وستون وثلاث من السفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرذ ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفلى المجرذ فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

(قال المصنف وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى)

أقول مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق الآن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفلى المجرذ) أقول الظاهر أن يقال من السفلى

لان لكل واحد منهم ما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة اليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يقتصر إلى
التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو والمجرد ثلاثة
وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلاثة وثلاثون وثلاث من السفل ستة
وستون وثلاث من العلو والمجرد معه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فيبلغ مائة ذراع تساوي مائة من العلو
المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل والمجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف
سفله فيبلغ مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرى ستة وستون وثلاث لان ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير
قول أبي يوسف أن يجعل بأزيد خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرى مائة ذراع من العلو
المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمائة مائة ذراع خمسون منها سفل
وخمسون منها علو قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه هذا
الذى ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعي وذكر
الخصاف قول محمد مع قولهما موافقاً للقاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهم ما شهدا على فعل أنفسهم فلا تقبل
كن علق عبقه بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهم ما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل أنفسهم لان فعلهما التميز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أولاً لأنه لا يصلح مشهوداً له لما أنه
غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسم باجر
لا تقبل الشهادة بالاجماع واليتمال بعض المشايخ لانهم ما يدعيان ايقاع عمل استوجب عليه فكانت شهادة صورة
ودعوى معنى فلا تقبل الا ان نقول هما لا يجبران بهذه الشهادة إلى أنفسهم ما غفلت اتفاق الخصوم على
ايقاع ما العمل المستأجر عليه وهو التميز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانثبت التهمة (ولو شهد قاسم واحد
لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في
دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الاسترخاء كان منكراً والله أعلم

هو السكتى وهذا ظاهر للفظ المتدبر في المقام (قوله) والسفل المجرى ستة وستون وثلاث لان ضعف العلو فيجعل
بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرى إلى آخره مستدرك لاجابة اليه كما لا يخفى انتهى أقول
دعوى استدراكه بالسكتى خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفل ليس ببيان
كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرى من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع وانما يكمل
البيان بقوله والسفل المجرى إلى سفل البيت الكامل ستة وستون وثلاث لان ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله
أى بمقابلة مثله من السفل المجرى الذى لا علوه له أصلاً ثم حق البيان أن يؤخر قوله فيبلغ مائة ذراع كما ذكرنا
على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

(قوله) ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة اليهما) أى إلى العلو والسفل وقيل
في بعض البلدان يكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما في مكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس كما
في الكوفة وفي كل موضع يكثر الذي يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار
السفل على العلو (قوله من البيت الكامل) أى المشتمل على العلو والسفل لان علوه مثل نصف السفل
فيكون العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل وموضوع هذه المسئلة انها في دار واحدة وعنده تقسم اذا
كانت في دار واحدة وان كانت في دارين فمحمولة على رضاهم بذلك لانهم طلبوا المعادلة من القاضي
وعنده تجوز القسمة على هذا الوجه (قوله) واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) أى
اذا كان قسمتهما ارضاً بين الورثة أو المشتريين فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان
الذان قولاً القسمة انه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله وهو قول أبي

(قوله) واذا اختلف المتقاسمون

فقال بعضهم بعض نصيبى

في يد صاحبي (وشهد

القاسمان قبلت شهادتهما)

ذكره القدوري ولم يذكر

خلافاً وكأنه ما إلى قول

الخصاف فانه ذكر قول محمد

كقولهما وقوله أولاً لأنه أى

التميز لا يصلح مشهوداً له

لما أنه غير لازم قبل لان

الرجوع صحيح قبل القبض

وهو صحيح اذا كانت القسمة

بتراضيهما أما اذا كان

القاضي أو نائبه يقسم

فليس لبعض الشركاء أن

يأبى ذلك بعد خروج بعض

السهم والباقي واضح

*(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها) لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أشد ذكرها والاصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار (٣٧٠) ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فإن كان الأول تحالفوا وتسحق القسمة

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

قال (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شياً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابحجة فان لم يكن له بيعة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب النا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصباهم ما لان النكول بحجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغي أن

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فإن كان الأول تحالفوا وتسحق القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضاً وان كان الثاني فحكمه الابينة على المدعى واليمين على من أنكر اهوا عترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضى والغبن يسير لاختلاف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء اه أقول ذلك من دفع فان الظاهر أن القسم في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج عن القسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجيء فلا ريبه النقض على شئ من القسمين المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بيعة استخلف الشركاء) لانهم لو أقر الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا الرجاء النكول كذا في السكافي وعامة الشرع وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارداً قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه واكن رد الاقرار بالمقر له لا بعد تصديقه فانه لا رد حينئذ أصلاً فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له باه في اقراره لا يدل ماذ كروا ههنا على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يمتشي فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه باه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شئ باقراره بكذب المقر في اقراره والالزام أن رد الاقرار الاول بالمقر له ذلك بعد تصديقه باه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ماذ كروا ههنا أيضاً على ذلك فانه يمتشي فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يمتشي فيه أن يقال فاذا أنكر استخلف كما قالوا فبما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقه في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضى تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الدفلة في استخلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعلم فيه دقة ثم أقول لكن بقى فيما ذكرنا وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا الرجاء النكول انما يرتبط بمأقوله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فانه اذا لم يكن اقرار الا يلزم من لزوم اقرارهم لو أنروا ووجب استخلافهم اذا أنكر والرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كلاً لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغي أن

يوسف أولاً والشافعي رحمه الله لا تقبل وذكر الخصاص ان قول محمد رحمه الله مع قولهما

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

(قوله وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء) أى أقر بالاستيفاء

لم يكن في دعواه متناقضاً وان كان الثاني فحكمه الابينة على المدعى واليمين على من أنكر فعلى هذا اذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شياً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابحجة كالتمتري اذا ادعى لنفسه خبار الشرط فان أقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقر والزهم فاذا أنكروا استخلفوا الرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كذا في كتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن

(قال المصنف والسفل المرد سنة وستون الخ) أقول قوله والسفل المرد الخ مستدرك لاجابة اليه كلاً لا يخفى

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق) (قوله فان كان الاول تحالفوا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء (قوله وان عجز

لا تقبل

عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقر والزهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (قال المصنف ينبغي أن

لا يقبل دعواه أصلا) يعني وإن أقام البينة لتناقضه لأنه إذا شهد على نفسه أي أقر بالاستيغاء والاستيغاء عبارة عن قبض الحق بكلمة كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيغاء وكذبه شريكه تحالفاً فسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا للصحة للدعوى وإذا كان التناقض وجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة (٣٧١) البينة فالقول قول خصمه مع عينه

لأنه يدعى عليه الغصب وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو أما أن يكون بسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم القومين فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لأن الاحتراز عن مثله عسر جدا وإن كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد ونصرف القاضي مقسدا للعدل ولم يوجد أن كانت بالتراضي لم يذكره بمجرد جهة الله وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندي أني وجه الله أنه كان يقول لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصى ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة تمرط في القسمة والتعديل في الأشياء

لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع عينه) لأنه يدعى عليه الغصب وهو ينكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيغاء وكذبه شريكه تحالفاً فسخت القسمة) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير

لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوفاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المثلث أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيغائه حقيقة ثم تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفي بحث فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بناء على صحة الدعوى وإن لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال إنه ليس مانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حقه صاحب النخبة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع واجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاضيين غاطفا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعى الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعى الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الأول وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان قائما فكذلك في القسمة وقال هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيغاء الحق وأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فنخلص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا شهد على نفسه بالاستيغاء مع استماع دعواه كوقع في من الكتاب فصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل جصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيغاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في النخبة لا يناقض الإقرار باستيغاءه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من

(قوله) واليه أشار من بعد) وهو قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيغاء تحالفاً في هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا شهد على نفسه بالاستيغاء لأن عدم التحالف عند الشهاد على الاستيغاء لم يكن لمعنى الآن التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى ولو جرد وجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع ويؤيد قوله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ما ذكر في قسمة فتاوى قاضخان في تقسيم وجوه الغلط حيث قال ومنها أن تكون

لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المثلث أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيغائه حقيقة ثم تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى وفي بحث فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بناء على صحة الدعوى وإن لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا (قوله) ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الإشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيغاء أنه أن شهدا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لأن دعواه لم تصح لانتهاض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل

الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلف في التقويم لم يلغف اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة ولو اختلف في القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش) لان تصرف قسمة بالعدل (ولو اقسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فليدفع له القسمة) لما قلنا

أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كذب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البديل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فحلف وأما بعد القبض فتخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فحلف عليه لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا فلذا اتقرر ذلك فقيمنا نحن فيه أحد الشرطين فابض نصيبه فانه ذو البذل ولا يدعي على الآخر شيئا وأما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزمع بورهنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما ورد على خلاف القياس يختص بعوده ولا يطرق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه أذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة بمحضه ليس فيه معنى الافراز ولا بدق الا للاحق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتنا في الدفع (قوله ولو اقسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فليدفع له القسمة) قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا بينة لانه يدعي دفع القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكاه بعض الفضلاء حديث قال فسخ القسمة ليس بظاهر

المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فان شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصلو الشهيد حسام الدين رحمه الله كمن يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ وجههم الله كانوا يخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما دارا) هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة

المنازعة بينهما بعدما شهد كل واحد منهما على القبض واستقاء الحق بصفة التمام ثم يقول أحدهما حتى الذي في يدك وحقت الذي في يدي أو يقول قد قسمناه ولكن أخذت أنا بعض حتى دون البعض لا تسمع دعواه ولا خصومة بعد ما أشهد على القبض والاستبقاء وفي المبسوط في باب دعوى الغلط من القسمة قال رجل مات وترك ابنين ودارا فاقسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا أن يقربه صاحبه من قبل أنه أشهد على الوفاء يعني أقربا يستقاه كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا تقبل بينة على ذلك ولكن أقرب به صاحبه فافتراره ملزم اياه والمناقض اذا صدق خصمه فيما يدعي يثبت الاستحقاق له وان لم يكن أشهد بالوفاء لم يسمع منه اقراره بالقسمة والقول قوله مع عينه (قوله ولو اختلف في التقويم لم يلغف اليه) لانه دعوى الغبن فلا معتبر به في البيع فكذا في القسمة اذا ظهر في القسمة) غبن ان كان سيرا فلا يعتبر أصلا وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء القاضي تبطل عند الكل وان كانت بالتراضي لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الكتاب وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع لا تصح لانه لا فائدة فيه فان البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز القسمة قائما فيجب نقضها والصلو الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشايخ عصره كانوا يخذون بالقول الثاني كذا في الذخيرة وفي فتاوى فاضل خان رحمه الله جعل القول الاخير أولى وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل يسمع دعواه الغلط والغبن أي بعد قسمة التركة بالتراضي وله ان يبطل القسمة ككلو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح (قوله ولو اقسما دارا وأصاب كل

الى قوله لم يصدق على ذلك الايبنة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلف في الحدود) قيل صورته اقسامها رجلان فاصاب
 أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت
 الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبيته الخارج ترجع على
 بيته ذى اليد والباقي واضح * (فصل) * لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق
 بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة
 بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة وجماعة الله ولكن بخبران شاه رجوع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء
 رد ما بقي واقسم نائبا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ويحتمل أن يرد ما بقي على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حنيفة وهو الصحيح
 وصورة المسئلة ان أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وفيهما سواء بان تكون قبة الدار أو القوام التي درهم مثلا
 وقبة الثلث المقدم ستمائة درهم وقبة ما بقي مثله ثم نصف الثلث المقدم استحق فحصلهما ان شاء نقض القسمة دفعا ليعيب التخصيص وان شاء
 رجع على صاحبه ربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقبته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
 الربع وقبته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين (٣٧٣) أو ربما تقررهم وخمسون درهما

والمجموع تسعمائة وهو
 ثلاثة أرباع ألف ومائتين
 قال المصنف رحمه الله
 (ذكر الاختلاف) يعني
 القدوري رحمه الله في
 استحقاق بعض بعينه وهكذا
 ذكر في الاسرار أن
 الاختلاف في استحقاق بعض
 معين من نصيب أحدهما
 قال صاحب النهاية رحمه
 الله وصيغة الجواز هذه الى
 الاسرار وقعت سواء لان
 هذه المسئلة مذكورة في
 الاسرار في الشائع وضعا
 وتعليلا من الجانبين وتكرارا
 بلغظ الشائع غير مرة وأقول
 وفي قوله ذكر الاختلاف
 في استحقاق بعض بعينه
 أيضا نظر فان قول القدوري

(وان أقاما البينة تؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبيته الخارج ترجع على بيته ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد
 على القبض تحالفا وتراوا وكذا اذا اختلف في الحدود وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد
 صاحبه) لما بينا (وان قامت لأحدهما بينة قضى له وان لم تقم لأحدهما من تمامها) كما في البيع
 * (فصل) * قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك
 في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) فالروى الله عنده ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه
 وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما في استحقاق
 فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نوردعوا بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الطاهر أن المراد
 بفسخ القسمة في قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ففسخ القسمة المعانسة حال الخصومة بالله في
 الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي
 ما سيجي في الفصل الا ترى من أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في
 الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نوردعوا بالبينة طاهرا لا حتى
 * (فصل) * لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في
 استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي
 واحد طائفة هذه المسئلة غير مسئلة أول الباب الا أنهم أعيدت لبناء مسئلة أخرى عليها (قوله وكذا اختلفا
 في الحدود) بان قال أحدهما هذا الحد يدخل في نصيبه وقال الآخر هذا الحد قد دخل في نصيبه والله أعلم
 * (فصل) * (قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي ذكر الاختلاف

واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما
 (قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نوردعوا بالبينة يحكم بالبيت للمدعى
 * (فصل) * (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه) * (قوله في الاول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد
 بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الاول لا يفسخ القسمة
 بالاتفاق) أقول في شرح الوفاية لصدر الشريعة ما وافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا ففسخ القسمة
 وان كان معيناً لم يذكر هذه المسئلة فاقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بقدر نصيبه فلا رجوع
 لأحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصيبين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا
 وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وست من ذلك يرجع الثاني على الاول بنزاع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة
 أو جهتي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر
 فيه ويكتفي ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على
 التأسيس خبر من التأكيده فتأمل

لا ببعض فيكون تقدركلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحيث يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمه لانه اعتبر القيمه فيها فلا بد من التراضي وصور كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمه وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلا بد من نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين

(٣٧٤) الرجوع بحصته في نصيب

بعض معين لا تنسخ القسمه بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تنسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع بنعدم معنى القسمه وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب

يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفه الخوا هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلها من الجانبين وتكرار اللفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الخوا له بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفه الخوا هذه الى الاسرار وقعت سهوا وأيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العنايه بعد نقل كلام صاحب النهاية بتعريبه وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا فظهر ان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقدركلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحيث يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطارة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من خول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة متعلقا بهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضالو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان مجردا لتأكيده لمار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأييدا مفيدا للمراد من لا لاجرام فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعاقب القيد بالماضي دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الآن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بوجبه (قوله لابي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العنايه في

يبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتغير ان شاء نقض القسمه من الاصل لانه ما رضى بها الاعلى تقدرا للمعادلة وقد قامت ولهما أن معنى الافراز لا يعلم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشيوغ في نصيب الآخر ولهذا جازت القيمه على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسمها الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمه لتصرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر للمستحق

في الاسرار في استحقاق بعض بعينه كذا هنا واقع سهوا والوضع المسئلة في الاسرار في استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتصماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب أحدهما شائعا لم تبطل القسمه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن بخير المستحق عليه ان شاءه والباقي واقسم نانيا وان شاءه رجوع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينقص وقال أبو يوسف رحمه الله انتقضت القسمه وقول محمد رحمه الله مضطرب فابو يوسف رحمه الله يقول القسمه للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب أحدهما تبين ان الافراز كان باطلا كالمواستحق النصف من النصيبين جميعا وأبو حنيفة يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا في نصيب الآخر فلا تنتقض القسمه كالمواستحق يتابع بعينه من نصيب أحدهما (قوله فهذه ثلاثة اوجه) الاول ان يستحق جزء شائع من كل الدار والثاني ان يستحق جزء بعينه والوجه الثالث ان يستحق جزء شائع من نصيب أحدهما (قوله لان باستحقاق جزء شائع بنعدم معنى القسمه وهو الافراز) اما فيما ظهر فيها الاستحقاق فظاهر وكذلك

(قوله لان موضوع المسئلة

فما اذا تراضيا على القسمه) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضا اذا لم رض الغائب على ما يجبي في شرح قوله ولو أبراه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمه فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فان القيمه معتبرة فيما اذا كانت القيمه بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيها كدولها لكان بالغيب الغاشي في أحد الطرفين فسمع على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقسمها الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقسم الاثنان

الاستحقاق

الاخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسمهما على أن لا أحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافتقر ضرورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء تنقض القسمة دفعا لعيب التوقيص وان شاء مرجع على صاحبه بربع مافي يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف مافي يده فاذا استحق النصف برجع بنصف النصف وهو الربع اعتبار الجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا مرجع بربع مافي يده الاخر عندهما لاذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف مافي يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة

تعليق هذه المقدمة أعني قوله والقسمة بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وماخذ تعليقه هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين لا سيغياي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيغياي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانهم اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض القاض على ما يجبي في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكذا ليقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما باع القاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجبي في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بحالة راجحة لاذ شئ في شرح ذلك ما يورثهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث والموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاها انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حصةهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال فيموجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثتين مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة ألا يرى أنه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة الموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اتسعت وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد يتغذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقساموا

في نصيب الاخر لانه لو جوب الرجوع بحصة في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض (قوله بان كل النصف المقدم مشترك كايدهما بين ثالث) أي لواحد

وقوله (وصورة المسئلة) يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه دفعا لهذا اللبس قوله (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثاني رجوع بربع مافي يده الاخر عندهما لاذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف مافي يده الى قوله اعتبار الجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما ورد على ماورد عليها القسمة وقد كان بعض ذلك بالبيع وعند أبي يوسف رجوعه انهما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق

(قال المصنف لان القسمة تنقلب فاسدة عند) أقول يعني في حق المقاسم لا في حق المستحق فلا تخالفنا مرمين أن القسمة بدون رضاه باطله

قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينقض البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتغذو الوصول (٣٧٦) إلى عين حقه لكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة الخ)

نصف ما باع لصاحب لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إبقاء حقه ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة وأداء الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع فنزأل ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذا الذين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذا الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

ظهر أن ثمة وارثاً آخر فنقضت قسمة ثم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لاتنقض لما ذكرنا إلى هنا لفظه ثم إن ذلك البعض أورد أنضاعاً على قول صاحب العناية لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيها إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه كدولها لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضاً ليس بصحيح لأن القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً إلا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كذا ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدم في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيها إذا تراضيا على القسمة لا فيها إذا كانت بقضاء القاضي فقولها فإن القيمة معتبرة فيها إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً أن أراد أنها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً فإن عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كدولها في عدم الإصالة لأن تحقق الغبن الفاحش لا ينعصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بحسن المقسوم فالوجه في غبن القسمة بالتفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسح القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال وإن اقتسمنا ما تم شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصلب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الآخر الغبن إلى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذا الذين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولعلنا أن

منهم نصف والنصف الآخر بين اثنين على السوية والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً فانقسم الاثنان على أن يأخذوا نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وياخذ الآخر ما بقى من ذلك وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار لأن حقه ما بعد نصيب الثالث ٧ أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى (قوله ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) أي إذا لم يؤد الورثة الدين لم يبرأ الغرماء ما إذا أداء الورثة وأبرأ

ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبده وهو ذورحم محرر لو ارث لم يعتق وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي من الدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إبقاء حقه ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة وأداء الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثالث أو الربع بعد القسمة وقامت الورثة تنقض حقهما فان القسمة تنقض أن لم يرث الوارث أو الموصى له لأن حقه ما في عين التركة فلا ينتقل إلى المال آخر إلا مرضاهما على هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لأن الدين يتعلق بمال الميت التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه

بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادف الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً

(قوله والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما من جهة فكيف تسمع البينة الأولى أن يجاب بفتح استلزامها ذلك لجواز أن

بكون المقسوم مشتركاً

* (فصل في المهايأة) * المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة

يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتسكن باطلة باعتبار انم اذا حجت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى به أو لا فلزم السعي في نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد هنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم ثبوت تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤد سائر الورثة اذا لم يكن فيما اذ بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا * (فصل في المهايأة) * لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لتكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم ان المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيت وهي الحالة للظاهرة المحتجب للشئ وابدال الله مرة الغالغة فيها والنهاية تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيه تراصوا به وحقيقته أن كلا منهم مرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هأيا فلان فلانا ونهاية القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يابي جوازها لانها مبادلة المنفعة بمنجسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بمالك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شئ وهو أن ما ذكرنا في وجهه ابا القياس جوازها انما يتم في صورة التهاين من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة

الغرماء جازت القسمة اعلم ان الورثة ان طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به صاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا لتركته فالقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملاك لهم في التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة لتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها أيضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا لا مقدار الدين كان ذلك صاحب الدين وهذا القياس قول أبي حنيفة رحمه الله الاول ولكنه استحسن فقال فلما تخلوا التركة عن دين يسير ويقع ان يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فلا حسن ان يظهر للقريةين جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لاقى الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر لا محبت أضامن حيث ان وارثه يقوم لحفظ نصيبه من ذلك ويكون ذلك مضروبا عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه والله أعلم

* (فصل في المهايأة) * الهيت هي الحالة الظاهرة للمحتجب للشئ والنهاية تفاعل فيما ذكرنا يتواضعوا على

ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتسكن باطلة باعتبار أنها اذا حجت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى به أو لا فلزم السعي في نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد هنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم ثبوت تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤد سائر الورثة اذا لم يكن فيما اذ بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا * (فصل في المهايأة) * لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لتكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم ان المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيت وهي الحالة للظاهرة المحتجب للشئ وابدال الله مرة الغالطة فيها والنهاية تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيه تراصوا به وحقيقته أن كلا منهم مرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هأيا فلان فلانا ونهاية القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يابي جوازها لانها مبادلة المنفعة بمنجسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بمالك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شئ وهو أن ما ذكرنا في وجهه ابا القياس جوازها انما يتم في صورة التهاين من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة

يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل * (فصل في المهايأة)

لما فرغ من بيان أحكام قسمه للاعيان شرع في بيان أحكام قسمه الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمه للاعيان لكونها فرعاً عليها وانما
أن الترجمة بالبَابِ أولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست من كتب القسمين ويجوز أن يقال
انما انفصل من كتاب القسم وفيه ما فيه (٣٧٨) والمهايأة مفاعلة من الهيئته وهي الحالة الظاهرة للشيء وقد تبدل الهزمة

ولبذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمية لأن القسمية أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع
في زمان واحد والنهاية تجمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشرىكين القسمية والآخر المهايأة بقسم
القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمية ثم طاب أحدهما القسمية بقسم وتبطل المهايأة
لانه أبلغ ولا يبطل النهاية بكون أحدهما ولا بكونه ماله لو انتقض لاستانفاها كما فلا فائدة في النقص ثم
الاستئناف (ولو نهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة) (ولو نهايا في دار على أن يسكن أحدهما
لان القسمية على هذا الوجه

وينتفع الآخر به مدة أخرى لا في صورة النهاية من حيث المكان كما اذا نهايا في دار على أن يسكن أحدهما
ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان النهاية في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لمبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التاقية كما سيجي في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريرهم كون جواز النهاية على الإطلاق أمراً
استحسانياً مخالفاً للقياس وما ذكره في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الآن) القسمية أقوى منه في استكمال
المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والنهاية تجمع على التعاقب) أقول في كفاية هذا التعليل نظراً وقد
صرحوا بان النهاية قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسبق في ذلك الكتاب أيضاً
والجمع على التعاقب انما هو في النهاية من حيث الزمان وأما في النهاية من حيث المكان فيحقق جمع المنافع
في زمان واحد كما سيحققه نعم ان القسمية في الاعيان أقوى بسلام من مطلق النهاية الذي هو قسمية المنافع

أمر في تراصوا به وحققت ان كلامهم مرضى بحالته ويختارها المهايأة بادل الهزمة المفاعلة وهي في لسان
الشرع قسمية المنافع وانما جاز في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاءها وهي واجبة اذا طلبها
البعض دون البعض وتلك ما في كيفية جوازها قالوا ان كانت في الجنس الواحد والمنفعة تتفاوت وتفاوت تاسيراً
كفي الثياب والاراضي تعتبر افرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بما اذا طلب أحدهما أكبر
الآخر عليها ان لم يطلب القسمية وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى
لا يجوز من غير رضاها وهذا لما ذكرنا انهم اقسام المنافع فيعتبر بقسمه الاعيان وهي اعتبار مبادلة من كل
وجه في الجنس المختلف ومبادلة من وجهه وافراز من وجهه في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة وتفاوت تاسيراً
وبعضهم قالوا بانها في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة وتفاوت تاسيراً باعتبار افراز من وجهه عار يمين وجه
كان ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعينه له وبعضه نصيب صاحبه عار يمين له من صاحبه ولا تعتبر مبادلة
بوجهما لجوارها في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجهه لما جاز فيه لانه يكون مبادلة المنفعة بتجسدها
والجنس بانفرادهم يحرم النساء ولانه يتفرد أحدهما بنقضها بعذر وبغير عذر ولو كانت مبادلة من وجهه لما
تفرد أحدهما لذلك كما في الاجارة لكن الاول أصح لان العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد
منهما انما يترك المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم تجز
النساء لان القياس ان لا تحرم النساء باحد وصفي علته بالان الذين من العين مستويان في القدر لأن العين
فضل الجودة لما ان العين خير من الدين وأجود منه وبالفضل من حيث الجودة لا تحرم عند وجود وصفي
علته بالان لا يحرم عند وجود أحدهما أولى الأماناً ثبتنا هذه الحرمة عند أحد وصفي علته بالانص
بمخلاف القياس والنص ورد فيها ومبادلة من كل وجه والمهايأة مبادلة من وجهه افراز من وجهه فيعمل فيها
بالقياس (قوله على ان يسكن هذا طائفة) يعني ناحية من الدار وهذا طائفة أي ناحية أخرى منها (قوله

ألفاً وتحقيقه أن كلامهم مرضى بهينة واحدة
ويختارها وأن الشريك
الثاني ينتفع بالعين على
الهيئة التي ينتفع بها
الشريك الاول وفي عرف
الفقهاء هي عبارة عن قسمية
المنافع وهي جائزة استحساناً
والقياس باباها لانه مبادلة
المنفعة بتجسدها لكل واحد
من الشريكين في نوبته
ينتفع بذلك شريكه عوضاً
عن انتفاع الشريك بملكه
في نوبته لكنه اترك القياس
بقوله تعالى لها شرب ولكم
شرب يوم معلوم وهو
المهايأة بهنها للجماعة بها
اذ ينتفع الاجتماع على
الانتفاع فاشبهه القسمية
ولهذا يجري فيه جبر
القاضى اذا طلبها بعض
الشركاء وأبى غيره ولم
يطلب قسمية العين كما
يجري في القسمية لأن
القسمية أقوى منها في
استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد
والنهاية تجمع على التعاقب
ولهذا أي ولكون القسمية
أقوى اذا طلب أحد
الشريكين القسمية والآخر
المهايأة يقسم القاضى
لانه أبلغ في التكميل ولو
وقعت فيما يحتمل القسمية ثم
طلب أحدهما القسمية يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بكون أحدهما ولا بكونه ماله لو انتقض لاستانفاها كما فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف ولو نهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة

طلب أحدهما القسمية يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بكون أحدهما ولا بكونه ماله لو انتقض لاستانفاها كما فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف ولو نهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة
الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف ولو نهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة وهذا طائفة
(قوله لانها مبادلة المنفعة بتجسدها) أقول يعني نسبة

صاها وهذا سفلها جاز لما
ذكر في المن قاله ما يؤيد في هذا
الوجه وهو أن يسكن هذا
في جانب من الدار ويسكن
هذا في جانب آخر منها في
زمان واحد أفرار لا مبادلة
لتحققه عنده فان القاضي
يجمع جميع منافع أحدهما
في بيت واحد بعد أن
كانت شائعة في البيتين
وكذلك في حق الآخر
ولهذا لا يشترط فيه
التاقب ولو كان مبادلة
كان تملك المنافع
بالعوض فيلحق بالاجارة
ويشترط التاقب قبل
(قوله ولكل واحد أن
يستغل مأصابه) يجوز
أن يكون فوضها لكونه
أفراراً فإنه إذا كان أفراراً
كانت المنافع حادثة على
ملكه ومن حدثت المنافع
على ملكه جاز أن يستغل
وان لم يشترط في العقد ذلك
وهو ظاهر المذهب ذكره
شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله وفيه نظر لأنه لو
كان مبادلة كان كذلك
أيضاً والاولى أن يكون
ابتداء كلام لنفي قوله من
يقول انه سما اذاً ما يؤيد
يشترط الايجارة في أول العقد
لم يهلك أحدهما أن يستغل
مأصابه

رقوله يجوز أن يكون فوضها
الى قوله ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وان لم يشترط في العقد
ذلك أقول مقروض بالاجارة

جائز فكذلك الما يؤيد في هذا الوجه أفرار لجميع الانصباء لمبادلة وهذا لا يشترط فيه التاقب (ولكل واحد أن يستغل مأصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب (قوله والتما يؤيد في هذا الوجه أفرار لجميع الانصباء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقب) هذا ايضا ح أن أفراراً لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حيث قد يشترط التاقب كذا في الشروح أقول لعل أن يقول ان أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التاقب كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه أفراراً من وجه حتى يثبت كونه أفراراً لجميع الانصباء لجواز أن يكون أفراراً من وجه ومبادلة من وجه بان يكون أفراراً للنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لغيره في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أتم الا تعري عن المبادلة والا فراراً لان ما يجمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو بائنه عوضاً عما سبق من حقه في نصيب صاحبه فكأن مبادلة وأفراراً وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التاقب كما يشترط في الاجارة فهو من نوع لان الاجارة مبادلة للمنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقب فيها اشتراطه فيها هو أفراراً من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعديل قول المصنف والتما يؤيد في هذا الوجه أفراراً لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما قرر في محله فكيف يتممكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها التلا يكون ذلك التما يؤيد مبادلة فيشترط فيه التاقب كما أشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقب قلت اشتراط التاقب فيه ليس باصعب من اعتبار الحال متفقة فاحتق بتركيب الثاني لاجل دفع الاول وايضا اعتبار الحال متفقة فالتسبب باليس والاولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يتركيب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكره وافقنا من أن القياس يوجب جواز التما يؤيد مبادلة المنفعة بغيرها وهي لا تجوز عندنا على ما تقر في كتاب الاجارات لكننا تركنا القياس فيه للضرورة وحاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التاقب فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء في بيت واحد من نوع لأنه انما يلزم ذلك أن لو كان التما يؤيد في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما إذا كان أفراراً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقب فيها هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل مأصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط حدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على مال المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق اذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يجهل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ في احتمال أن يطلب

التما يؤيد في هذا الوجه أفراراً لجميع الانصباء) انما قيد بقوله في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد لأنه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل أفراراً لا مبادلة لانهما اذا تهما يملك في زمان واحد فيحقق معنى الأفرار وأما اذا كان التما يؤيد في الزمانين في مكان واحد لا يمكن جعله أفراراً بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته فكأن مبادلة لا أفراراً (قوله ولهذا لا يشترط فيه التاقب) ايضا ح على انه أفراراً لأنه لو كان مبادلة لا يشترط التاقب كذا في الاجارة لأنه لو كان مبادلة كنت

(ولو نهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا أو ما وهذا أو ما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت أسيرا كفي الثياب والاراضي تعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمي الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز من وجه عار يمين وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم بالنساء والاول أصح لان العارية تليس فيها عوض وهذا بعوض وبالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس (٣٨٠) فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس

(ولو نهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا أو ما وهذا أو ما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتلها بامرهما القاضي بان يتقعا) لان التهايو في المكان أعدل وفي الزمان أكل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفي الالتمة (ولو نهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والاخر لاخر جاز عند ههنا لان القسمة على هذا الوجه جائزة عند ههنا جبر من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري الاخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الاخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة (قوله ولو نهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا أو ما وهذا أو ما جاز) وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا سديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بهم لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى أن كبر من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهايو في العبد الواحد وفي البيت الصغير نهايو من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الا ستمسيمان الفرق بين التهايو على الاستغلال في دار واحدة والتهايو على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بهم أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكر يطرأ بق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتسبب بحديث العطف ههنا لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت أسيرا كفي الثياب والاراضي تعتبر افراز من وجه مبادلة من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر فسمي الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افراز فملك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حيث يشترط التناقص (قوله لان التهايو في المكان أعدل) لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد (قوله وفي الزمان أكل) لانه ينتفع بجميع الدار (قوله فان اختاراه من حيث الزمان) انما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق لان التسوية في المكان يمكن في الحال بان يسكن فيه

المختلف كاللور والعبد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبر مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتلها كلاهما مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمتها وصاحبه في مؤخرها والاخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يامرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما منزلة فلا تر جميع لاحدهما اذا التهايو في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكل لان كلاهما ينتفع بجميع جوانب الدار في وقت واحد فلا بد من الاتفاق دفعا للتصكم فان اختاراه من حيث الزمان

يقرع في البداية نفي الالتمة (قوله ولو نهايا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رجه انه لا يقسم) أي قال بعض المشايخ وجههم الله عنه وقوله (وهكذا روي عنه) يعني روي الخصاص عنه بمثل ما قال بعض المشايخ فيه

(قوله ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كاللور والعبد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو يخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افراز او جوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمتها الخ) أقول الاول أن لا يعين المقدم والمؤخر

فيه الجبر عنده والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف
عيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تم اياهم على أن نفقة كل عبد على من يأخذه
جاز) استقصانا للمساخنة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تم اياهم في دارين على
أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويحبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار
وحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهاين فيهما أصلا بالجبر لما قلنا
و بالتراضي لأنه يبيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبة ما لان يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر ما تزوجه
الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افرار أو ما يكثر للتفاوت
(٢) في أعيانهم فاعاقتهم بمبادلة (وفي الدائنين لا يجوز التهاين على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز)
اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاسـتعمال يتفاوت بتفاوت الرأب كين فأنهم بين حاذق وأخوف والتهاين في
الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته
والدابة تحملها وأما التهاين في الاستغلال فيجوز في الدار أو اجددة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والخدمة
الواحدة لا يجوز

من وجه عار به من وجهه لان الو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسه أو انه
يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة
بالنص على خلاف القياس فيها هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي
ذكره ماخوذ من النخبة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه
بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى والليس بالليس
والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وفي تعليل ذلك ان الجنس بانفرادة يحرم النساء عندنا فصار كبيع
القوهى بالقوهى نسبة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عندنا جود أحد
وصفي العلة وهي القدر مع الجنس من خصائصه ورد النص وهو البيع غير متعد الى غير ما تم استدلالا بغيره
الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء نعم لنادليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب
هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه غول الفقهاء فاطمحة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال
صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى
لا تجوز بدون رضاه لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت
مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضا ماخوذ من الكتب
المذكورة ولكنه يحمل بحث أيضا أما أولا فلا لأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهاين من حيث المكان
افراز لجميع الانصباء لا مبادلة وهذا لا يشترط فيه التاقب ولا يجزى أن التهاين في الجنس المختلف انما يتصور
بان انفع أحد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كفي الدور والعبيد فيصير من قبيل التهاين من حيث
المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ما بناه فلا لأنه لو اعتبر المهايأة
في الجنس المختلف بمبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة

هذا بعضها والآخر بعضها اما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن الا أن تمضي مدة أحد هاتين يسكن الآخر
مثل تلك المدة فيقرع نصيا للتمتع وتطيل ما لا يلوب (قوله ولو تم اياهم في دارين) أي على السكنى والنفقة (قوله
وقد قيل لا يجبر عنده) وهو قول الكرخي رحمه الله (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز فيه التهاين
أصلا) أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي اما بالجبر فلما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه
يبيع السكنى بالسكنى وهو غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة
عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيها هو مبادلة من كل وجه وهو

وقوله (والاصح أنه يقسم
القاضي عنده أيضا) قال
الكرخي معنى قوله أبي
حنيفة أن الدور لا تقسم
أي ان القاضي لا يقسمها
فان فعل جاز وعلى هذا تجوز
القسمة في الاصول فكذا
في المنافع وتعليل الكتاب
وهو قوله (لان المنافع من
حيث الخدمة قلما تتفاوت
أو جملتها قوله في الاصول
بلا تاويل وقوله (ولو تم اياهم
فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول)
أقول أي قول أبي حنيفة
رحمه الله لا يقسم الدور
(قوله بلا تاويل) أقول
على ما ذكره الكرخي
(٢) قول صاحب الهداية
أما يكثر التفاوت الخ وجد
بهاش الاصل حق العبارة
أما التفاوت فيه كعرفي
أعيانها لان أما لا يليح الا
الاسم اه صححه

ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان اتوا إلى أسباب التغير عابسه فتغوت المدة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عابها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايو على المنافع فاستغل أحدهما في نوبة بزيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايو حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايو على الاستغلال في الدار بن جازر) أيضا في ظاهر الرواية لما يند لو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدار بن معنى التميز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا جعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبد بن عندهما اعتبارا بالتهايو في المنافع ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فإولى أن يتمتع الجواز

الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز وعندنا كما تقرر في الاجارات الأهم لأن يكون مجموع قوله كاللحور والعبد مثلا واحدا فالمراد مثل أن يتهايا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبد. لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كافي الشيا والاراضي وأما لنا فلا نؤله وقسمه الأعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع إذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمه الأعيان مطلقا لا تعري عن معنى الافراز ومعنى المبادلة إلا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغيران كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وإن كان أجنبيا ساحتلفه لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد اللهم إلا أن يقال المراد بما ذكره هنا أن قسمه الأعيان في الجنس مختلف اعتبر بمبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتغوت المعادلة) قال في العناية لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لأن القوى الجسمانية متناهية اه أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايو في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال إذا الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تمسكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول انتهى القوى الجسمانية فتغوت المعادلة مع أن التهايو في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايو على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بان التهايو في العبد على الخدمة إنما جاز ضرورة أنه لا يبق فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسم عليها فافتروا وسيجي في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فإولى أن يتمتع الجواز) وعورض بان معنى الافراز

البيع والمهاياة افراز من وجه مبادلة من وجهه فيعمل فيها بقضية القياس (قوله لما ينأ) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال إلى آخره (قوله اعتبارا بالتهايو في المنافع) وهو التهايو في الاستخدام الخالي عن الاستغلال (قوله لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايو في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق فإولى أن لا يجوز في العبد بن ولكنهما يفرقان بين جواز التهايو في استغلال العبد بن وبين عدم جواز التهايو في استغلال العبد الواحد ذكره في المبسوط وقال فهما يقولان معنى القسمة والتمييز يترجى غلة العبد بن لأن كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فيجوز ذلك كافي المهاياة في الخدمة وفي غلة الدار بن فإما في العبد الواحد ففي المعاوضة يغلب لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه وفيه معنى الخطر فربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيجوز عن الخدمة وربما يتمتع عن الخدمة بدوى الحر يتوهم في الخطر في المعاوضة تبطل له وبه فارق غلة الدار

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز التهايو في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدية الواحدة وقوله (فتغوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لأن القوى الجسمانية متناهية وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي حنيفة في الكسبا نيات أنه لا يجوز لأن قسمه المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدار بن لا يجوز للتفاوت وقوله (لما ينأ) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله (اعتبارا بالتهايو في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد

الواحد لانه قد يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهاؤ في استغلال
العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز وعرض بان (٣٨٣) معنى الاقرار والتبذير في غلة

العبدين لان كل واحد منهما

يصل الى الغلة في الوقت

الذي يصل اليها فيه صاحبه

فكان كالمهابة في الخدمة

وأجيب بان التفاوت يمنع

من رجحان معنى الاقرار

بخلاف الخدمة لما بيننا من

وجه الاصح ان المنافع في

الخدمة قبلما تتفاوت وقوله

(والتهاؤ في الخدمة جوز

ضرورة) جواب عن قولهما

اعتبارا بالتهاؤ في المنافع

وبيان الضرورة ما ذكره

بعده ان المنافع لا تبقى

فتتغير وتهاؤ ضرورة

في الغلة لا مكان قسمتها

لكونها أعياناً فيستغلانه

على طريق الشركة ثم

يقسمان ما حصل من الغلة

ولقائل أن يقول علل

جواز التهاؤ في الماسع

بقوله من قبل لان المنافع من

حيث الخدمة قبلما تتفاوت

وعاله هنا ضرورة تعذر

القسم في ذلك توارد علنين

مستقلين على حكم واحد

بالشخص وهو باطل ويمكن

أن يجاب عنه بان المذكور

من قبل تنه هذا التعليل

لان علة الجواز تعذر القسم

وقلة التفاوت جميعاً لأن

كل واحد منهما علة مستقلة

وقوله (ولان الظاهر)

وجه آخر لابطال القياس

والتهاؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها الكون عينا ولان الظاهر هو التسامح في
الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقياسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيننا
في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهاؤا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها
أو يرعاها أو يشرب ألوانها لا يجوز) لان المهابة في المنافع ضرورة انما لا تبقى فتتغير قسمتها وهذه أعيان
باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو يتفجع
بالأين بقدر ما يعلم استقرضا انصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

والتميز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان
كلها مهابة في الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معنى الاقرار بخلاف الخدمة لما بيننا من وجه
الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قبلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظرا اذ قدم في بيان قوت
المهابة في التهاؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فالما قبل
التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين
المستقلين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا ضمن المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق
بين المستقلين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهاؤ في
الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها الكون عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهاؤ
في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعده ان المنافع لا تبقى فتتغير قسمتها اقال صاحب العناية واقائل
أن يقول علل التهاؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قبلما تتفاوت وعاله هنا ضرورة
تعذر القسم في ذلك توارد علنين مستقلين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان
المذكور من قبل تنه هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسم وقلة التفاوت جميعاً لأن كل واحد منهما علة
مستقلة الى هنا كلامه أقول لا الاسوال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلنين المستقلين
على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقر في موضعه واللازم فيما
نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى أن المقصود من ايراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على
أن كل واحدة منها تصلح لفائدة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى
المطلوب ليسلك الطالب أى طريق شاء وأما الثاني فلان الظاهر من تعليل المصنف باحدى العلنين
المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحد منهما علة مستقلة ولا يلزم أن لا يفيد شئ
منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحد منهما في الافادة
بين أمألة التفاوت فلان التعليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسم فلان
لضرورات تبج المحذور ان على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد
ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك
الواحدة لان الغالب فيها السلامة (قوله والتهاؤ في الخدمة جوز ضرورة) هذا جواب اشكال يرد على قوله
لان التفاوت في اعيان الرقيق أكثر وهو أن يقال لو كان التعليل بالتفاوت في اعيان الرقيق معولا عليه لما
جاز ذلك في الاستخدام فاجاب ان في الاستخدام ضرورة لانه لا يمكن قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان
قسمتها لكونها عينا (قوله الحيلة ان يبيع حصته من الآخر) أى من الشجر والغنم والله أعلم

ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيننا في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الايمان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

(قوله وفي ذلك توارد علنين مستقلين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف اذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن

ناجبل القرض ليس بجائزا لأن يقال ليس قرضا من كل وجه

* (كتاب المزارعة) *

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم أن المزارعة لغتمفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالاهي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من غمرأوزرع ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز أهما بالاضرار والجامع دفع الحاجة فان المال تدل على الهدى إلى العمل والقوى عليه لا يجسد المال فست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرم معاملة بنصف الزوائد

* (كتاب المزارعة) * هنا

كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف وجهه الله معناها لغة وشريعة فأعنا ما من ذكره وسببه سبب المعاملات وشريعتهم يختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة وإنما قيد بالثلاث والرابع لتمييز محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دواهم مسممة كانت فاسدة بالإجماع) وقالاهي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من غمرأوزرع) وماذا كرفي الكتاب من القياس

* (كتاب المزارعة) *

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القيمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) قال في العناية إنما قيد بالثلث والرابع لتمييز محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دواهم مسممة كانت فاسدة بالإجماع أيضاً فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع قالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن الخبارة فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث والرابع وإنما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير اهـ والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والرابع مقابلة التقيد بالأطلاق لمقابلة التقيد بالتقيد يعني أنه قيد بالثلث والرابع ولم يطلق عن القيد بالسكينة لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والرابع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كثر (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبار الأضرار به) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضار يتحصل بحال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنتعقد شركة بينهما في الربح وهذا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين وإلهذا قالوا ههناك وشرط العمل على رب المال فسد العقد وهذا جائز لما سيأتى في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضاً مال وقد اجتمع مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقاً بالمضاربة

* (كتاب المزارعة) *

(قوله اعلم أن المزارعة لغتمفاعلة من الزرع) هي تقضي فعلاً من الجارنين كالمناظرة والمقابلة وفعل الزرع يوجد من أحد الجانبين وإنما سمي بإطاريق التغليب كالمضاربة معاملة من الضرب (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) وإنما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا يجوز المزارعة بالنصف أيضاً وكذا بالجنس والسدس وغير ذلك من المقادير عنده تبركاً بلفظ الحديث وهو ما روى عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث والرابع وإنما خص الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير (قوله فيجوز اعتبار الأضرار به) والجامع دفع الحاجة فان الإنسان قد يكون له أرض المزارعة ولا يهتدي إليها وقد يكون مهتدياً ولا يكون له أرض فتثبت الحاجة إلى انعقادها لينتظم معلميها ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فان المال لا يهتدي إلى العمل والقوى عليه لا يجسد المال فست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرم معاملة بنصف الأولاد والأبريسم فان تلك الزوائد تتولد من العز ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وإنما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم تحقق شركة مع أنه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر

وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو كل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافا إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة) فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثالث أو الربع (ولأنه استجار ببعض ما يخرج من عله) فأنه لا يصح بدون (٣٨٥) ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز

لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة وهي المزارعة ولأنه استجار ببعض ما يخرج من عله فيكون في معنى قفيز الطعان ولأن الاجرة بول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فأن سقى الأرض وكره ما لم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى اجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض

فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الاربعة في شرح هذا المحل لأنه أي الزائد على ناو يل الزائد انتهى أقول هذا تعسف فيجب لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخارج أن أرض العرب كلها أرض عشر فان خير من أرض العرب من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خير على أرضهم على الكفر وذكر واحد أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور ونأقن ذلك في موضع مله يحكم بأن خير ليست من أرض العرب

فأما ههنا فعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان فافترقا (قوله وله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخبارة) وهي المزارعة من الخبير وهو الأكل ما لجته الخبار وهي الأرض الرخوة وقيل من الخبارة وهي النصب (قوله ولأنه استجار) والدليل على أنه استجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استجارا ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطعان ونهى النبي عليه السلام عن قفيز الطعان وهو أن يستاجر رجلا ليطحن له كذا من خنطة بقر من دقيقتها (قوله ولأن الاجرة بول أو معدوم أي على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم ما شرطه من الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقدرة أو أقل أو أكثر أو معدوم أي على تقدير أن لا يخرج من الأرض شيء إذا أصابته آفة أو أن ذلك الاجر لا يثبت في الذمة ويكون معدوما حقيقة بخلاف ما إذا استاجر شيئا وليس في ملكه شيء من الاجر حيث يصح الاستجار لوجود الاجر في الذمة (قوله ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) الخراج على نوعين خراج وظيفته وخراج مقاسمة فالوظيفة هو أن يوظف الامام كل سنة على مال كما صالح النبي عليه الصلاة والسلام مع أهل نجران على أن يؤدوا كل سنة ألفا ومائتي حلة ستمائة في محرم وستمائة في رجب والمقاسمة هي أن يقسم الامام ما يخرج من الأرض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر على أن ما يخرج من أراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كذا ذكره الامام المصنف رحمه الله في زكاة الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة في المزارعة لأن ذلك كان على سبيل المصالحة فإنه لو أخذ الكل جاز فإنه عليه الصلاة والسلام ملكه غنيمته وكان ما ترك في أيديهم فضلا وقد أجعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلوم فلم يصلح الحديث حجة وأما الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة لأن معنى الشركة تم أغلب حتى يصح بدون ضرب المدة فيكون الرجح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة عقد ينفذ على محض العمل كفي شركة الأعمال فلم تكن المزارعة تقاير المضاربة لأن معنى الاجارة في المزارعة أغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة كذا في

الطعان ولأن الاجرة بول) على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقدرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج من الأرض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمته فكان ما ترك في أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لأن معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (وإذا فسدت عنده)

(قال المصنف ولأن الاجرة بول أو معدوم) أقول

(٤٩) - (تكملة لتفخ وليكفاية) - (ثامن) فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخارج أن أرض العرب كلها أرض عشر فان خير من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة

واضح وقوله (واخراج في الوجهين) يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نماء ملكه) منقوض بن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتخصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزوع (٣٨٦) عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا

واخراج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولا يستحق الاجر كما فصلنا الآن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامتياز والقياس يترك بالتعامل كفاي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرط أحدها كون الارض صالحا للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقده ولا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الا من اهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هي المعيار اليعلم بها والرابع بيان من عليه خروج الزرع فيها حتى لو

(قوله واخراج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتخصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر كذا في العناية وغيرها أقول النقص غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكره أما الاول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء لصاحب البذر ونماء هو نماء الغاصب اذا قدم في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كمال الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملكها المغصوب عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقص انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقص وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والاخر عاملاً بامر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما لما حجة الناس اليها واظهر تعامل الامتياز والقياس يترك بالتعامل كفاي الاستصناع) أقول اقاتل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع على والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي نمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخبارة وهي المزارعة سالماً ما يدفعه في وجه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفع ذلك بحمل النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قدر في أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما

الايضاح (قوله واخراج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) أي فيما اذا كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض (قوله كما فصلنا) وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض (قوله الآن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها واظهر تعامل الناس بها) والقياس يترك بالتعامل كفاي الاستصناع فان قيل التعامل على خلاف لنص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدين صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها وأنحملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوماً من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما (قوله والثالث بيان المدة) وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة بان يقول الى سنة أو سنتين أو ما أشبه ذلك وان بين وقتاً لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكره سواء وكذلك اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلهما غالباً لا يصير في معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وعن محمد بن سائر رحمه الله ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة أي على زرع واحد به أخذ الغيب أبو الليث رحمه الله (قوله لانه عقد على منافع الارض) أي اذا كان البذر من قبل العامل ومنافع العمل أي اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي

اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله (الا أن الفتوى على قولهما) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلهما غالباً لا يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أي لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعني اذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام

(قوله منقوض بن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بجمع كون الزرع نماء صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب (قال المصنف)

والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به إلا يرى الى ما سبق في باب الربا أن لنص أقوى من المعروف والأقوى لا يترك بالادنى وسيجيء أيضاً في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر وألصقها في معنى أن مع الفعل

البذر) قطعاً للمنازعة واعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً ولا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد (والثالث ان يتخلى رب الارض بينهما وبين العامل حتى لو شرط على رب الارض بفسد العقد) لغوان التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لانه ينقطع شركة في الانتهاء فيقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجرم معلوماً قال (وهي عندهما على أربعة أوجه

وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقطع اجارة المحضة والقياس بأي جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجرم معلوماً اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عدى أن لا رضى لانه ربما يعطى بذر لا يحصل الخارج به لا يحصل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا بد من شيء على الحصر

من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النص في المجهلات صور والنصوص والالاجل لاحد الخلاف فيها أو نجعلها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوماً من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة ففسد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشروط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدى كبير طائش فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينقطع شركة في الانتهاء فيقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس بأي جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يأتي جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يأتي جوازها باجر معدوم أيضاً اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس يأتي جواز الاجارة مما لا يكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكننا جوزناها استحساناً لاحتاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأتي القياس جوازها على فساد المراجعة على تقدير بقائها اجارة محضة فلا يظهر أن يقال بدق قواهم والقياس يأتي جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علواً كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأتي جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرغ كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد على ما قبله حيث قال في اية يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد فقد جعل على ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينقطع شركة في الانتهاء فتراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبراً في انعقاد المزارعة في اية يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركتها انعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياساً لكننا جوزناه في

المعيار لها أي للمنافع ليعلم أي العقد بالمدة أو بالمنافع على تأويل النفع بالمدة (قوله واعلاماً للمعقود عليه) فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود عليه ومنفعة الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود عليه لان جهالة تؤدي الى المنازعة بينهما (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) يعني ينبغي ان لا يشترط فيه مقدار معين لاحدهما الذي يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر فلم يبق شركة على ذلك التقدير ومن شرطها بقاء الشركة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة لانها على ثلاثة أوجه ولا الفاسدة لانها كذلك على ثلاثة أوجه ولا مطلق المزارعة لانها على ستة أوجه واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركتها انعقادها اجارة على منفعة الارض أو على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان الشرع لم يرد به فاحذرنا فيه بالقياس لان الاستحجار

وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار الجانب
العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبيعتها يحصل
بها النماء ومنفعة البقر صلاحية بقاء العمل كل ذلك بخلاف أن الله تعالى فلم يتجأ نساء فتعذر أن تجعل تابعة
لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانس المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم
يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لا خوف أنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين
البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي
رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر فأبضاله لا اتصاله بأرضه

ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنه يجوز تأهبا إذا كانت استجارا لمنفعة لأرض أو العامل استحسانا بالنص
والتعامل ولم يجوز تأهبا سوى ذلك عملا بقياس لعدم ورود الشرع فيه فالخلق في تعليل جواز هذا الوجه
أن يقال لأنه استجار الأرض ببعض الخارج وهو جاز بالنص وأعمال الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز
أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار الجانب العامل) قال في العناية وتوجه
غير ظاهر الرواية ما قال في السكاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا إذا شرط
البقر وحده وصار الجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته
للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استجارا للعامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في
الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان
باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض
مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استجار
البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال
لزوم استجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلأن قوله
فكان في كل من الجانبين معارضة بين استجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار
استجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي
وجد فيه لأن يكون مستأجرا فلا تخوف الوجه في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كانت
استجارا للعامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعاً وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كانت
استجارا للأرض وغيرها الذي هو البقر وأيس الثاني تابعاً للأول لعدم التجانس كيبين في وجه ظاهر الرواية
فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان
آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية وتوجه آخر لم يذكرهما وجهان آخران لم يذكرهما

البقر فلم يصير مستأجرا البقر ببعض الخارج فيصح (قوله لأنه لو شرط البذر والبقر عليه) أي على رب
الأرض يجوز فكذا إذا شرط وحده أي إذا شرط البقر وحده (قوله كل ذلك بخلاف أن الله تعالى) هذا الكلام
في هذا المقام مستغنى عنه لكن فيه تنبيه على أنه من أهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقيم
بها العمل مخلوقة لله تعالى خلافاً للمعتزلة وفيه أيضاً إشارة إلى أن عدم المجانسة ليس باعتبار أن أحدهما مخلوق
الله تعالى والآخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كل واحد منهما مخلوق الله تعالى وعدم المجانسة لغنى آخر
(قوله بخلاف جانب العامل) لأنه تجانست المنفعتان لأن البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل (قوله
ههنا وجهان آخران) أي فاسدان (قوله لأنه لا يجوز عند الانفراد) أي أنفراد البذر والبقر بأن كان من
أحدهما البقر لا غيراً والبذر لا غير (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر) والوجهان ما ذكرهما
فأحدهما أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر والثاني أن يكون البذر والبقر لأحدهما والباقي للآخر

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومة مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا في قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطاً للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوخ الخارج تحقيق المعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كالأرض شرطاً لرفع الحراج) والارض خارجة عن الحراج خراج وتطبيقه بان يكون دراهم مسمية بحسب الخارج وقفراً معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الحراج مشاعاً نحو الثلث أو الربع فإنه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والمذاينات جمع المذايان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقبل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول والنهر كذا في المغرب

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا وأن يكون الخراج شائعاً بينهما تحقيق المعنى الشركة (فان شرطاً لأحدهما قفراً انما مسمية فهو باطل) لانه تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخراج والارض خارجة وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الحراج لنفسه أو لآخرو والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسم الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرط ما على المذاينات والسواقي) معناه لأحدهما لانه اذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الامن تلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية أخرى

يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والاشتمه وجوه آخر لم يذكرها ولا أحد غيرهما وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية بخروجه عن الصدوقين هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوا أصلاً ولاولى ههنا أن يقال وثمة وجه آخر لم يذكره جميعه وهو أن يكون البقر لأحدهما والباقي الثلاثة لآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها على سبعة وقال ان حكمه كحكمهم أن يكون البذر لأحدهما والباقي لآخر وهو الفساد وقار صاحب العناية متهللاً بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألقى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى وجعل لصاحب العمل درهمين كل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألقى صاحب الارض لم يجعل له شيئاً من الخراج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهمين لأن ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجبه المروى عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما ولا لان كون معنى قوله ألقى صاحب الارض لم يجعل له شيئاً من الخراج مما ياباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى وجعل لصاحب العمل درهمين كل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان وأصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخراج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الرازي فكيف يحسن مقابلهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر

وذكر في المبسوط بعدما ذكر هذا فقال بقي اشكال وهو انه أو جب لصاحب الارض أجر مثل أرضه ولم يسلم صاحب الارض ههنا الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه أجر مثله ولكننا نقول صارت منفعة أي منفعة العامل ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخراج له حكماً وكذلك ان لم يخرج الارض شيئاً لان العامل يأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين (قوله الاعلى مدة معلومة لما بيناه) أراد به قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ (قوله وصار كالأرض شرطاً لرفع الحراج) هذا اذا كان الخراج مؤظفاً أما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائز (قوله ما على المذاينات والسواقي) المذاينات جمع المذايان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارضى مغرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع ساقية وهي فوق

وقوله (اعتبار العرف فيما ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والتبع يقوم) (٣٩٢) بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه

(وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينفعه الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلج رجهم الله التبن بينهما أيضا اعتبار العرف فيما ينص عليه المتعاقدان ولانه تباع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرط التبن لا يخرج فسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه

اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الارض متبرعا لاجر اياه استوجب اجر مثل أرضه وأمانا فلان قوله ولم يذ كر أجر الغدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الغدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهمة في الذكر اللهم الآن يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر فينبأ على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من الآخر لا يمكن الاظهر عندي أن يكون عدم ذكر أجر الغدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الغدان فقال وجعل لصاحب الغدان أجر ما سمي يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرة ما ساء وليكن لأجره بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى تصيبه آفة فلا ينفعه الحب ولا يخرج الا التبن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقدا المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كالأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بهم او كان صاحب الكفاي تبسلا قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله) واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) أقول عبارة

الجدول ودون النهر (قوله والمفسد هو الشرط) أي المفسد هو الشرط الفاسد وهو الشرط الذي لا يلزم العقد وهو ان يشترط التبن لغير صاحب البذر وهما سكاك عن ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسدا اعتبارا للعرف فيما ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قاله مشايخ بلج ان الاصل فيها عدم الجواز لانها تثبت مع المنافي فيقدر ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا (قوله والتبع يقوم بشرط الاصل) أي يثبت بشرط الاصل وقد وجد شرط ربط صحة الشركة في الاصل وهو الحب لانهما اشتراطا فيه الشركة فتثبت الشركة في التبن أيضا تبعا للحب كالامام اذا دخل المصروف في الإقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في موضع الإقامة وكذا المولى مع العبد (قوله وان شرط التبن لا يخرج) أي لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط

نصا كان التبوع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للاصل وان لم يذ كر فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهما لو سكاك عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر ولانه موجب للعقد فاذا نصاعليه كاتما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرطا اثنين اغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج فان أخرجت فالخارج على ما شرط لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحق شركة يعني في

الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة يستحقه

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر وسلم ولكن ظاهر التقرير ياها وان كان ما يبيع له واصحاب البذر فسادة ممنوعا مطالعا فان التبن نماء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجيء فلا يدل التعليل الذي

الاجرة فالاجرمسمى وقد فاق فلا يستحق غيره واستثنى كل من اساجر جلابرين فعمل الاجير وهلك العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر
المثل كمالا، ليكن هذا له لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض
البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لغرضه والاجرة العينية اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا
وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تغتور بعدم الخارج فان اخرجت
شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه غناه ما كمو استحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزداد
على قدر المشروطة لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله اجر مثله بالغاما بالغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الاذلا مثل لما قال المصنف رحمه الله (وقدم في (٣٩٣) الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه

الله وفي هذا الذي ذكره

من الحوالة نوع تغيير
لانه ذكر في باب الاجارة
الفاسدة من كل الاجارات
في مسئلة ما اذا استأجر
جار يحمل عليه طعنا
بغيره من فاسدة
ثم قال ولا يجوز بالاجر
تغير لانه لما فسدت الاجارة

فالواجب الاقل مما سمي
ومن اجر المثل وهذا بخلاف
ما اذا اشترى كافي الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغاما بالغ
عند محمد رحمه الله لان
المسمى هناك غير معلوم فلم
يصح الخط فبمجموع هذا
الذي ذكره في الاجارة يعلم
أن عند محمد لا يبلغ أجر
المثل بالغاما بالغ في الاجارة
الفاسدة كما هو قولهم الا
في الشركة في الاحتطاب
ثم ذكر ههنا وقال بمجده
أجر مثله بالغاما بالغ الى أن
قال وقد مر في الاجارات
وذلك يدل على أن مذهبه في
جميع الاجارات الفاسدة
يبلغ الاجر بالغاما بالغ

يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان
أجر المثل في الذمة ولا تغتور الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لانه غناه ملكه
واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت بقي الثمن كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض
فلا عامل أجر له لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمه الله (وقال محمد له أجر مثله بالغاما بالغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها
اذلا مثل لما وقد مر في الاجارات) (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه
استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب بردها وقد تعذر ولا مثل لما فيجب رديها وهل يزداد على ما شرط له من
الخارج فهو على الخلاف لذي ذكرناه (ولو جمع بين الارض والقرحى فسدت المزارعة

الكتاب ههنا فاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استحقاقا للعامل وذلك فيما اذا كان
البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استحقاقا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله
وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يعيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم
في الثانية على خلاف الحكم في الاولى يقتضي قولهم ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي
الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال عمل
المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج
وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استحقاق الارض أيضا
فهو من حكم هذه الصورة أيضا كما في بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصرة القدوري والمواخذة
بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة

يؤدي الى قطع الشركة فربما يصيبه آفة فلا ينسحب فليخرج الاتين (قوله وان كانت اجارة فالاجر
مسمى فلا يستحق غيره) فان قيل يشكل على هذا ما اذا استأجر جلابرة هي عين فعمل الاجير وهلك
الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستأجر اجر المثل فينبغي أن يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت
والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وانما قلنا ان الاجر المسمى ههنا بمثله الاجرة التي هي عين لانه لو اراد ان
يعطيه الخارج من أرض أخرى لا يجوز وان كان ذلك مثل نصيبه فيما زرع قلنا انما يجب أجر المثل فيما اذا
كانت الاجرة عينها هلك قبل التسليم اما اذا هلك بعد التسليم الى الآخر لا يجب وههنا هلك بعده لان المزارع
قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض الغرض فيصير كالمقبض للاجر من هذا الوجه

(٥٠ - تكمله الفتح والكفاية - نامن) وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير

ذكره على فساد وان كان المفسد قطع الشركة فبما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد ففسد أيضا كما لا يخفى (قوله واجيب
بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتشى اذا ورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقير من المزارع فتأمل (قوله والاجرة
العينية اذا هلك بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة تارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم
كما لا يخفى (قوله ثم قال ولا يجوز بالاجر غير الخ) أقول فيه شيء وجوابه أن مفعول ذكره محذوف والتقدير ذكره (قوله بمجموع هذا الذي
ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بالغ ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شيء والظاهر أن قوله ثم ذكره هو من فلم
الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

معلوم قبل خروج الخارج وهذه حواله بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فاصحاب الارض أجرم مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فحب ردها وقد تعذر فصار الى المثل ولا مثل لها فحب ردها فحبها وهل تراد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المارولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجرم مثل الارض والبقر هو الصحيح لان البقر دخل في الاجارة لجواز ابراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة بمعنى فتعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجرم المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تاويل بعض أصحابنا ردهم لانه لقول محمد رحمه الله في الاصل لاصحاب البقر والارض أجرم مثل أرضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به أن يجب أجرم مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد (٣٩٤) المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجرم المثل لا يكون بدون

فعلى العامل أجرم مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذر في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض أو يجب خبثا فيه فاسلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال (واذا عقدت المزارعة قامت منع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لا يمكن المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجبر اليهدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحالك على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذره يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب)

كيف يدفع عنه النقص السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتعامه في صورة استئجار الارض أيضا لا ترى أن عامة الشرائع ذكرها أن قوله وان كانت اجارة فالا جرمه مسمى فلا يستحق غيره يشكك بمن استأجر جلا بعين فعمل الاجير وهلك العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر أجرم المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجاءوا عنه بان الاجر هتهناك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لغيره والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجبر شيء آخر فكذا هتهنا لا ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتشبه في صورة استئجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لغيره فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور وامل (قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به يجر المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد فومه يجزئه

والارض العين متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شيء آخر (قوله فعلى العامل أجرم مثل الارض والبقر هو الصحيح) هو احتراز عن قول بعض أصحابنا فانهم سألوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى العامل أجرم مثل الارض والبقر ان يفرم له أجرم مثل الارض مكروبة فاما البقر لا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا اذ وجوب أجرم المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقوم الا بالعقد لان عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر ما يجوز استحقاتها بعقد الاجارة فيسقط عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجرم مثلها كما يجب أجرم مثل الارض كذا في المبسوط (قوله فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) أي قبل القاء البذر وأما بعد القاءه فيجب لانه عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر (قوله لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) لانه التزم اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه

عقد لان المانع لا تتقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلافاً لاحتجاجة الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فالوجب التصديق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك وفي كلام المنصف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما حوت به العادة احتياجا بالغافكان انجبت شديد افلورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو القاء البذر وفخ الجسد اول امير بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك قال (واذا عقدت المزارعة في هذا بيان من عقد المزارعة

بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فحده الآخر وأما قبله فلا لازم من جهة من ليس البذر من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر جلا لهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحالك على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذره يفسخ به الاجارة) كمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عند البيع الارض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به يجر المنفعة وهو لا يتقوم الا

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحالك على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا العقد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الارض فقط (قوله ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث

بالعقد والعقد قويم يجوز من الخراج وقد فأت (قيل هذا) الجواب (في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه في الاجارات) وهو قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة أو الاجرة انفسير العاقد مستحقا بالعقد لانه (٢٩٥) يتقبل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز في

الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصل الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعدي فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثتها القلوعا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعدي اليه أشار

المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت وليكن ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع في السنة الاولى) ولم يذ كر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول المسئلة انما هو جواب القياس بانه حوايه فاطية قد دخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب في قوله وليكن ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول المسئلة ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا ينافي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزداعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ اه

قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصل الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصل الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولاشئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما بينه ان شاء الله تعالى

من الخراج وقد فأت كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقوم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجرة على غيره اه أقول امس هذا بسبب ان قد مر مرارا وتكررا أن البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين أن يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استأجر الارض ليقوم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزا في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت وليكن ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول المسئلة اه أقول فيه بحث لان ما ذكر في أول المسئلة انما هو جواب القياس بانه حوايه فاطية قد دخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب في قوله وليكن ذكر جواب الثابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول المسئلة ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا ينافي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزداعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ اه

بالعقد وهو جوب العقود اللازمة وجوب تسليم الموقوف عليه فاما اذا امتنع صاحب البذر من العمل ففي الزام موجب العقد باه ضرر فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بموقوف عليه وفي القائه في الارض اتلاف كذا في المبسوط قوله فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره (يعني بان يعطي العامل أجر مثل عمله لانه انما استعمل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخراج فاذا أخذ الارض بعد ما أقام هذه الاعمال من كرب الارض وحفر الانهار كان هو غار للعامل ملحقا للضرر به والغرور مردفوع فينبغي ان يطلب رضاه (قوله وقد مر الوجه في الاجارات) وهو قوله لانه لو بقي العقد نصير المنفعة للمملوكة والاجرة للمملوكة لغیر العاقد مستحقا بالعقد لانه يتقبل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قوله تركت الارض في يد المزارع حتى يستحصل) أي يبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل ولا يشترط اجارة مبتدأة حتى لا يجب الاجرة على المزارع (قوله لما بينه) اشار الى قوله لان المنافع انما تنقسم بالعقد الى آخره

بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل (لما سيد كر بعد هذا) قوله لقاعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر

من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الارض فالقلع اتلاف لسالهم ولا يرتكبه عاقل فيه حجه حيث تلوه في العقد يذهب عنه بما بعد ما ظهر حقه (قوله اعتمادا على دخوله في أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بمراعاة الحقين يشبهه ايضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ مائو يدماقناه

(وإذا فسخت المزارعة بين فادح) أي مثيل من فدمه الاسرائي أنقله (لحق صاحب الأرض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كفي الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادة فان عليه الايدى الفسخ من القضاء والرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخرج لم يجب شئ) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الأرض فلا يعمل أحومثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا (٣٩٦) للأرض فيكون العقد واردا على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل

من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض وأما اذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة فيحالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الأرض بالعقد والعقد انما يقوم بالخارج (فاذا انعدم الخرج لم يجب شئ) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث ماذا فسخ بعدما كرب الأرض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يتحدد بعد حكمه أن لا تباع الأرض بالدين حتى يستحدد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرا بالغمراء لكن التأخير أهون

(وإذا فسخت المزارعة بين فادح) أي مثيل من فدمه الاسرائي أنقله (لحق صاحب الأرض فاحتاج الى بيعها جاز) كفي الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخرج لم يجب شئ) (ولو نبت الزرع ولم يتحدد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحدد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرج من الحبس ان كان حبسه بالدين) لانه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالمسا والحبس جزاء الظلم قال (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أحومثل نصيبه من الأرض الى أن يستحددوا النفقة على الزرع عليهم على مقدار حقهم وقهها) (قوله) وإذا فسخت المزارعة بين فادح) أي مثيل من فدمه الاسرائي أنقله (لحق صاحب الأرض فاحتاج الى بيعها جاز) كفي الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادة لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادة وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير اه وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادة فان عليه الايدى الفسخ من القضاء والرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك اه أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى أنه اختار رواية الزيادة أن لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا وكان المصنف قد اختار هناك صريحاً رواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضي في المقض وهكذا ذكر في الزيادة في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه أنه عذر فلا جارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي اه فتأمل (قوله) وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذكر في السكاب صورتي منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الأرض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع قبل أن يستحدد ولم يذ كر ما اذا فسخ بعدما روع العامل الأرض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتاي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم لان التبذر واستهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذر وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذر راسنة مال وليس باستهلاك الأثرى أن الأب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي وإذا كان كذلك كان للمزارع في الأرض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذ كر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعدما روع

من الابطال ويخرج من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الأرض ولم يكن هو ظالمسا في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذ كر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما روع العامل الأرض الا أنه لم يثبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض فيه اختلاف المشايخ رحمه الله قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم لان التبذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذر وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذر راسنة مال وليس باستهلاك ولهذا قال الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذ كره لان البذر ان كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (وإذا انقضت مدة المزارعة الخ) (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كفي الاجارة (قوله) وحكمه ان لا تباع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد

إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أن يصيبه من الأرض إلى أن يستحصل الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجرة مثل نصف الأرض لأن المزارع عملًا انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الأرض وهو يستوفى بثمن نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تنسب له مجازاة النفع على الزرع وهي مؤنة (٣٩٧) الحفظ والسقي وكري الأنهار عليها

على مقدار نصيبها حتى يستحصل كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لأن في بقية الزرع) دليل وجوب الآخر وجه ذلك أن الأمر العامل بقاع الزرع عند انقضاء المدة تضربه وإن أبقيناه بالأجر تضرر رب الأرض فبقيناه بالأجر تعديلًا للنظر من الجانبين والعمل عليهم المأذ كرى الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبقى الزرع بالأجر ولا اشتراك في النفعة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضًا واضح فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى النفعة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لأحياء نفسه فلا يوصف بالتبرع لأن تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطراب (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك لما فيه من الأضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك لم يمكن منه ويخبر رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة في

معناه حتى يستحصلان في بقية الزرع بأجر المثل تعديلًا للنظر من الجانبين فيصاريه وانما كان العمل عليه ما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا البقاء ذلك العقد فلم يخص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك) لأن فيه أضرارًا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذ بقل لقل لصاحب الأرض أطلع الزرع فيكون بينهما أو أعطاه قسمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وأرجع بما تنفق في حصته لأن المزارع عملًا متنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود المثل نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه

العمل الأرض لأنه لم يثبت حتى لحق رب الأرض دين فادعاه له أن يبيع الأرض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لأن التبذير استهلاك وليس باستهلاك ولهذا عاكس الاب والوصى زراعة أرض الصى ولا يمكن استهلاكه فكان للمزارع في الأرض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكروه لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعًا عن البيع وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى أقول إن قوله وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية ليس صحيحًا لأنه إن أراد بدخولها في الصورة الثانية تدخلها في نفس الصورة الثانية وليس يصح جدها إذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فإني تصور ودخول أحدهما في الأخرى وإن أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لأن يكون وجه العدم ذلك الصورة بالكلية لأن دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمهما من قبل وإذا لم يذكروا تلك الصورة قط فإني أن أعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو كحكم الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر والأوجه عندي أن المصنف إنما يذكروا تلك الصورة ناسيًا بالامام محمد رحمه الله فإنه لم يذكروا كتابه كما بينه صاحب النخبة حيث قال وإن كان المزارع قد زرع الأرض لأنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادعاه له أن يبيع الأرض لم يذكروا محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لأن المزارع عملًا متنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود المثل نظره وقد ترك النظر لنفسه) فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختص فيما ذكره لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب

(قوله معناه حتى يستحصل الزرع) أي معنى قوله والنفع على الزرع عليه ما يريد أن النفعة على الزرع عليه ما حتى يستحصل الزرع (قوله وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل) مسئلة الموت مخالفة لمسئلة انقضاء المدة في الأحكام الثلاث وهي وجوب أجر الأرض والاستهلاك في النفعة والاشتراك في العمل حيث لم يجز أجره مثل نصيبه من الأرض على العامل (قوله فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره وبغير أمر من يلي عليه فإن قيل هو مضطر في هذا الاتفاق لأنه يجبي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع قلنا هو غير مضطر في هذا الاتفاق لأنه يمكنه الاتفاق بأمر القاضي ولأنه غير مجبر على الاتفاق فكان تطوعًا كالدار المشتركة بينهما إذا

الكتاب بدليلها فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختص في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أجيب بأن رب الأرض متنع في طلب القلع لانقضاء نصيبه وبأجر المثل فرد عليه (قوله وإن بقيناه بالأجر تضرر رب الأرض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرًا (قال المصنف لأن إبقاء العقد بعد وجود المثل)

بمختلف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله (ولومات المزارع) ظاهر وقوله (ما بيننا) إشارة إلى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة ولور جمع بالنفقة يرجع بكاملها إذا عمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بيننا) إشارة إلى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجره الحصاد والرافع) قد تقدم معنى البذر والتذرية تمييزا للحب من التبن بالرجوع ولما كان القدر من الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع بالفتح (٣٩٨) والكسر هو أن يرفع الزرع إلى ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم

ان خيار لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولومات المزارع) بدنبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصل الزرع وأجوب الأرض فاهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الأرض (ولأجر لهم بما عملوا) لانا بقينا العقد نظر الهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بيننا والمالك على الخيارات الثلاث لما بيننا قال (وكذلك أجره الحصاد والرافع والدياس والتذرية عليهم بما بالحصر فان شرطه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بمأذ كرم من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهي بشأه في الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب موثته عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يقصد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالجواب أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيننا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والعامة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداول والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداول على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أراد اقصا القصب أو جذا الثمر بسرا أو النقاط الرب فذلك عليهما لانهما أنهما العقد ليعز ما على القصب والجداول بسرا فصار كجاء بعد

بذولت بما يوجب اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بمأذ كرم من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يقصد بها أنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يقصد لأجرة فكذلك المزارعة لان بها معنى الاجارة والفصل بين ماء ومن أعمالها وغيره نكل ما ينبت وينمو ويؤيد بالغرض فهو من أعمالها فلا فلا وعلى هذا فالجواب الدياس والتذرية ورفعه بالبذر إذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى بحباب الامالي عن أبي يوسف أنها إذا شرطت على العامل طرقت للعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا لمصنف جعل الأعمال

الأرض أجيب بان رب الأرض متعنت في طلب القلع لا تنقضاءه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يردعن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الأرض أيضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يردعن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير ابقاءه فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بنفقة حصته فليتأمل

أشريت فانفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه كان متعوا في ذلك (قوله لم يجبروا على العمل لما بيننا) وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر إلى آخوه (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع بكاملها إذا عمل على العامل مستحق لبقاء العقد (قوله والرافع) وهو أن يرفع الزرع إلى البذر (قوله وهذا الحكم) أي كون أجره الحصاد والرافع والدياس والتذرية عليهم ليس يختص بمأذ كرم من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل) وقال الفقيه أبو بكر رحمه الله كان مجدا من سعة غيره من مشايخ بلخ يغتزون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذا ويقولون يجوز بشرط التقية والحل إلى منزل رب الأرض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف فيما بين الناس كذا في الذخيرة (قوله لانه مال مشترك)

ثمة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحل إلى البيت والطحن وأشباههما والدياس ما كان قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعد على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لئلا يترك كل واحد منهما عن ملكه كذا تحرف كان التدبير في ملكه إليه (والمعاملة قياس هذا) أي المساواة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) أي مشترك كأي بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً قرية فيقول لهم شركاء في القرية

وليس قد اتفقوا في (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبنا قلع الزرع الزام الثمر و

*** (كتاب المساقاة) *** كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولو ردوا الحديث في معاملته النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير إلا أن اعتراضه وجوبه صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تغريب مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة (المساقاة هي (٣٩٩) المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها القوي هو مفهومها لشرعي فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة

الادراك والله أعلم
*** (كتاب المساقاة) ***
 (قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلية وقالا جائزة اذا كرمدة معلومة وسمى جزاً من الثمر مشاعاً) والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا بتبع المعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بالان فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة ولو شرط الشركة في الرجوع دون البذر بان شرطاً رفعت من رأس الخارج تفسد لجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة بمعاملتها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها اجارة بمعنى كفاي المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لادراكها وقت معلوم وقلماً يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً فيغاوصفاً وريباً

*** (كتاب المساقاة) ***
 قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقد قدمت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقدمت ولأن تغريبها أكثر من تغريبها من المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خال فانه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلاً في جواز المساقاة وليس كذلك قطعاً لأن أبا حنيفة لم يجزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة سمعنا بعد القسمة مشتر كبا اعتباراً ما كان أو باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية وأملأهم بميزة ومتعينة الأئمة لم يسمون الشركاء باعتبار اتصال أملأهم ببعض وبعض وانته أعلم

*** (كتاب المساقاة) ***
 هي معاملة من السقي وهي المعاملة في الأشجار ببعض الخارج منها قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة يجز من الثمر أي شاعاً باطلية وقالا جائزة وقال الشافعي ومالك رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا بتبع المعاملة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الأصل ضعف التبعية لأن به يتحقق التبعية والمعاملة إنما تصح عنده اذا شرطت النصفان كما هما على العامل لأنه من تمام العمل (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة وفي فتاوى قاضيهان وشرائطها منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكان نصيب الدافع جاز استحساناً كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كفاي المزارعة ومنها التخلية بين الأشجار والعامل ومنها بيان الوقت فان سكاك الوقت جاز استحساناً ويقع العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة فان لم يخرج في تلك السنة ثمرة تنقص المعاملة (قوله وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) أي اذا دفع اليه الرطبة قد انتهت جذاؤها على أن يقوم عليها ويستخرج ثمرها على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من بذره فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً فهو جائزة استحساناً لأن ادراك البذر وقتاً معلوماً عند المزارعين والبذر إنما يحصل بعمل العامل فاشتراطها المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها (قوله بخلاف الزرع) لأن ابتداءه يختلف كثيراً فيغاوصفاً

الغري هو مفهومها لشرعي فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذت في وجازة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي البلي وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز إلا بتبعها لهذا ذلك بان يكون التخليل والكرم في أرض بيضاء تنسقي بماء التخليل فيأمر بان يزرع الأرض أيضاً بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن من الحاجة إلى تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان إلحاقها بالمضاربة لجازت منفكة عن المعاملة وتوقله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع الرطبة قد انتهت جذاؤها على أن يقوم عليها ويستخرج ثمرها على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من بذره فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً فهو جائزة استحساناً لأن ادراك البذر وقتاً معلوماً عند المزارعين والبذر إنما يحصل بعمل العامل فاشتراطها المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها (قوله بخلاف الزرع) لأن ابتداءه يختلف كثيراً فيغاوصفاً

نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لأن ادراك البذر وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير (قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن كونها أصح مما أن يكون رواية أو دابة ولا يصح مني منها لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دلائل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم (قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد غلق ولم يبلغ الثمر معامله حيث لا يجوز
الابتيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضى وضعفها متفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصولا رطبة على
أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تغرس المعاملة لانه ليس له لانهاية معلومة

المساقاة بجزم من الثمر باطالة وكذا في ربيعها كما ذكر في عامة الشرع وقال جمهور الشراح كان من حق
المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل
خبيبر الا أن اعتراض موجبين صوب اراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام
المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تغريب مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضا
وهو أن قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خبيبر يحمل نظرا فان الاحاديث كما وردت في
حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطريق شتى في قصة أهل خبيبر
وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي معنى المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقال الجائر لما روى أن
النبي عليه السلام عامل أهل خبيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكان كذا من فريق الشراح
اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أحل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال
في العناية والمساقاة هي المعاملة باغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعى وهي معاهدة دفع الاشجار
والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح
والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة باغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه
يجزمه من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي أعم من الشرعى لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى
أقول ليس ذلك بواردا اذا الظاهر أن اراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة
بالمساقاة باغة أهل المدينة وهي معاهدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم
معلوم من ثمرها وليس المراد بمطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها
اللغوي أعم من مفهومها الشرعى والا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة باغة أهل المدينة فلا شك أن
أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس
وقد اعترف ذلك الراد أيضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة باغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها
اللغوي أعم من الشرعى كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعنى
شرايطهاى الشرايط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرايط التي ذكرت
للمزارعة ليس كلها شرطاً للمساقاة فان شرايط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضل خان في فتاواه
وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرايط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول
بان شرايط المساقاة هي الشرايط التي ذكرت له زارة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذى
ذكره صاحب العناية ولكن قيد بعبارة له في الجملة حيث قال أى وشرايطهاى الشرايط التي ذكرت
له زارة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة
أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعى المعاملة

بمثلة ذكر وقت معين
والبذر يحمل بعمل العامل
فاشترط المنة فغنيه يكون
صحها والرطبة لصاحبها
وقوله (غرسا قد عاق) أى
تبسولم يبلغ حد الاثمار
ظاهرو قوله (بخلاف ما اذا
دفع نخيلا أو أصولا رطبة على
أن يقوم عليها) معناه
حتى تذهب أصولها وينقطع
نباتها وقوله (أو أطلق
في الرطبة) يعنى لم يقل
حتى تذهب أصولها (فست
المعاملة) معناه اذ لم يكن
الرطبة تجزئة معلومة
فإن كان فهي جائزة كالأصول
أطلق في النخل فانه ينصرف
الى الثمرة الاولى وقد ترك
المصنف في كلامه قيد
لاشغى عنهما فكان إيجازا
مخلا

ور يعافان من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف واذا كان
ابتداء العمل مما تقدم ويتأخر عرقا كان الانتهاء كدات فكانت المدة بمجمله وقوله ولم يبلغ
الثمر) أى لم يبلغ الغرس الاثما حيث لا يجوز الابتيان المدة بان يذكر سنيين معلومة لانه لا يدري في كم
يحمل الشجر والنخل والكروم الثمر فلا شجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف
فان ينشأ مدة معلومة صار مقدار العقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبين ذلك لا يجوز (قوله
وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصولا رطبة على أن يقوم عليها) أى حتى يذهب أصولها وينقطع نباتها أى

وقوله (لانها تنمو ما تركت في الارض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى تذهب أصولها ماله لانها في ذلك - كان غير معلوم وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أثبتنا ويل المدة قال (وتجاوز المساقاة في النخيل والشجر) هذا بيان ما تجزى فيه المساقاة وما لا تجزى فيه ويخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خبير (٤٠١) وكان في النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت

لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزع مساعا) لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يباع الشركة (فان سمى في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فاسدت المعاملة) افقوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو لم يسم المدة قديما لم يخرج الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لانا لا نتيقن بغوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فالعامل أجزأ لثبوت الفساد العتد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بأقفة فلا يتبين فساد المدة ويبقى العقد صحيحا ولا شيء لسلك واحد منهما على صاحبه قال (وتجاوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوارها ماله لا تروقد نخصهما وهو حديث خبير ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخصصهما لان أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كإزعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سماعا على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بعذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذ دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصص وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزه لكان

جائز ولا تجوز المزارعة الاتية الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تابعة فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لا يدع على ذي فطانة (قوله لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب أصولها ماله لانها في ذلك - كان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوماها أقول فيه كلام أما ولا فلان كون قوله

حينئذ لا يجوز أما اذا دفع النخيل أو أصول النخيل أو أصول الرطبة على أن يقرم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة جدا في معلوم وتقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة تنخرج وفي الرطبة على أول جرة تجزوا أما اذا لم يكن للرطبة جزاء معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهب أصولها أو أطلق أو لم يذ كر شيئا وهو المراد من قوله أو أطلق في الرطبة لان في كل منها جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخيل فانه لو قيد بقوله دفعتموها معاملة الى أن تذهب أصولها فلا يجوز وان أطلق عن ذلك فهو جائز وتقع المعاملة على أول ثمرة تنخرج في تلك السنة وفي المبسوط في باب المعاملة ولودفع اليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على أن يخرج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة في المعاملات تفسد المعاملة وفي الايضاح والذخيرة ولودفع الى رجل أصول رطبة ثابتة في الارض معاملة ولم يسم سنة ولا أكثر من ذلك فهذا على وجهين فان لم يكن لجزأها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزأها وقت معلوم فالعقد جائز وتقع على الجزأ الأولى وهذا لان الرطبة مما تزداد طولها طول المدة فتبقى لم يكن وقت الجزأ معلوما كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراك وقتها معلوما اذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وان طال الزمان أما الرطبة بخلافها (قوله فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سماعا على أصله) فانه يقول بالتعليل ولا تشتط اقامة الدليل على أن هذا النص معلول في الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على النخيل والكرم باعتبار ورود الاثر فيهما (قوله بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا) أي اذا امتنع

(قوله ولم يذ كر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول رائدنا على شرط قيام دالة التمييز بين وصف ووصف (قوله لان هذا الوصف هو مناط الحكم) قوله لجوف دين فادح) أقول بالقاء

الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولانسلم أن أثر خبير خصهما لان أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولنا - لما نذرك لكان الأصل في النصوص التعليل لاسماع على أصله فان بابه عنده أوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة في كل وصف قام دليل التمييز على كونه جامع بين الاوصاف وأما نحن فانا لا نجوز به بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لما قدمناه) وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله (واذا عقدت المزارعة فاستع صاحب البذر من العمل لم يجز عليه الخ) والحاصل أن المساقاة تشتل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحقوق دين فادح لا يمكنه الايقاع لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله

استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لاعتق الحاجة الى العمل قال (واذا فسدت المساقاة فلا يعمل أجره) لانه في معنى الاجارة العائدة وصار كل زارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسيرة العامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبيل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورتب الارض استحسانا فيبقى العقد دينا للضرر وعنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحق بالضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولومات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وان ما جاعا فالحيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق ماله وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فان أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثته بالارض) على ما وصفتنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسرا أخضر فهذا الاول سواء للعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لان

لانها انما تركت في الارض دليل الرماية وحدها من نوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة تبع المجموع فينبغي أن يتم ذلك الدليل أيضا المجموع عند ما كان ذلك وأما ما نفا لان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل التخييل والرطوبة اذا شرط لقيام عليهم حتى يذهب أصولهما ليس بشام أما على النسخة الاولى التي معنا لانه لانها في ذلك أي لزمان ذهاب أصولهما فكان أي المدة تناو يل الوقت غير معلوم فلا بد ودعليه انه انما يفيد تحقق تنك الصورتين أيضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التي معنا لانه لانها في ذلك فكان معلوما أي كان دليل تنك الصورتين معلوما فالظاهر انفساد جهالة المدة العقد فلم يتج الى ذكره فلا بد ودعليه أن يقتضي أن لا يترك دليل الرطوبة أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يترك ذلك أيضا بناء على كونه معلوما قائل (قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنتز في رجوعهم في حصة فقط اشكال و كان ينبغي أن يرجعوا عليه بجمعة لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا

صاحب البذر لا يجبر عليه لان في القاء البذر في الارض اتلاف لمالكه فله ان لا يرضى به وهذا لا يحتاج ريب الكرم في ابقاء العقد الى اتلاف شيء من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا يتغير دواجمهما بنفسه الا بعذر كسائر الاجارات (قوله بين الخيارات الثلاثة التي بينها) أي ان شاؤا جزوا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كما بينهما وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة (قوله وهذا خلافة في حق ماله) وترك التمسار على الاستجار الى وقت الادراك لان يكون وراثته في الخيار جواب لان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف ثبت الخيار لورثة العامل وفي الميسر ولو ما جاعا كان الخيار في اقيام عليه أو في تركه الى ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعدموت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعدموته وليس هذا من باب ثورث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق ماله مستحق عليه وهو ترك الثمار على التخييل الى وقت الادراك (قوله لكن بغير أجر) أي على العامل في معاملة نصيبه من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة (قوله لان الشجر لا يجوز استجاره) حتى لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استأجر ثمارا على الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه أجر (قوله بخلاف المزارعة في هذا) أي في ان انقضت مدة المزارعة (قوله لان

(ولم يرد به الشرع) لانها بصورتها بالاثربها يكون أجر العامل بعض الخارج قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسيرة العامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء للعقد دينا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بسيرة ورثة صاحب الارض وبين العامل نصيبين ان شرط انصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكره نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق ماله) جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقسمان والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسرا أخضر فهذا الاول) يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استجاره

(قوله وقوله ولم يرد به الشرع لانها الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة

وان أي خسران آخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة لان الأرض يجوز استحجارها وكذلك العمل كله على العامل هذه المأخذ كره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا واثباته في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على (٤٠٣) ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحق به ضرره وهنا ليس كذلك وفي الاخرى عذروا واوله أن بشرط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما إذا دفع اليه النخل على أن يعمل فيها بنفسه موافقا لعهده أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر الخرجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصيبين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة) وهو الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة ثمره سواء جرحه لأنه في معنى

الأرض يجوز استحجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليها لانه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فإذن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جعلها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والتمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استحجار الاجزاء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بيزرب الأرض والغرس نصيبين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة ثمره سواء جرحه لأنه في معنى

اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى بخلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للاحكام الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاء الله تعالى البسرحي يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما صرح في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لاجبها فاني يتيسر الحل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا واثباته في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحق به ضرره وهنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر اه

أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور دخل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا واثباته احدهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء ظاهرا فالتفصيل ونقصه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو أن يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا فحينئذ لا يخبر فيه كالا يخفى على الغافل (قوله وتاويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه

الأرض يجوز استحجارها) فان من اشترى زرعاً في أرض ثم استأجر الأرض مدة معلومة تجازو وجب المسمى وان استأجرها الى وقت ادراك الزرع وجب أجر المثل فاذا ظهر هذا الفرق بيني عليه فرق آخر وهو ان العمل هنا عليهما بحسب ملكهما في الزرع لان رب الأرض لما استوجب الاجر على العامل لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وههنا العمل على العامل في الكل لانه لا يستوجب رب النخل عليه أجر بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة (قوله وتاويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) لانه تعذر عليه استيفاء المعقود

وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانها تبقى استقسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لك أن تقول بهاؤها استقسانا كان نظر العامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صريحه في النهاية

وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانها تبقى استقسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لك أن تقول بهاؤها استقسانا كان نظر العامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صريحه في النهاية

قفير الطعان اذ هو استبحار بعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجرة بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يكن (٤٠٤) تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها أعيان متقومة

قفير الطعان اذ هو استبحار بعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أحقهما والله أعلم

بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام هو نافي الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالا عذار رواية واحدة قد كرر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيما يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليم الشجر الغراس بل يكون تسليم القطعة خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها اه واقتضى أثره في شرح هذا المحل على هذا الموال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعتراض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليم القطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليم الشجر اه أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغاة كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليم القطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستندك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كإصر حوايه ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسألة طريق آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفير الطعان بيناه أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شرع ب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهة الغراس نصفها أو جميعها لالا اعتبار معنى الاستبحار الذي هو في معنى قفير الطعان اه أقول رد على الصورة الثانية ما ذكره وهي قولهم أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا تتصور المناصفة في الشجر

بنفسها لا بمجانسة بينهما وبين عمل العامل لانه متقوم بالعدة لا قيمته في نفسه (وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شرع ب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفير الطعان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه يصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يعمل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الآلة بقتب الآلة متصلة بالآلة صاحب الارض وهي متقومة فلا يلزم قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمته ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليم الشجر

عليه (قوله وفي تخريجها طريق آخر) وهو أن يكون مشتركا بنصف الغراس منه بنصف الارض والغراس بجهولة فلا يجوز (قوله وهذا أحقهما) ذكر في مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة بجميع الثمر والغراس لرب الارض وللمغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ثم قال قد بينا في المسئلة طريقين لمشايعتنا رحمهم الله في كتاب الاجارات أحدهما انه اشترى منه نصف الغراس بنصف الارض والاخر انه اشترى منه جميع الغراس بنصف الارض والاخر انه اشترى منه بستانا بالآلة بنفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلانه وذلك في معنى قفير الطعان فيكون فاسدا فعلى هذا قوله في الكتاب وفي

بل يكون تسليمها لقطع خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليم الشجر ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كمن يملك الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس بإيصاله بأرضه مستهلكا له بالعاقب فيها تعذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالمشروط بل لانه كان ملكا للغراس (قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظوريه اذ لا يمكن أن يكون

* (كتاب الذبايح) * المناسبة بين المزارعة والذبايح كونها اتلافا في الحال لا انتفاع في المال فان الزراعة انما تكون بانلاف الحب في الارض لا انتفاع بما نبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال لا انتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرازا للحيوان وقال شمس الانثة هذا عندى باطل (٤٠٥) لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

يتناول اللحم قبل بيعه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفوف واجب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بغيره فلا يرد الشرع باباحه الا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز زمن حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحه ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالجماعة للاطفال ونداءهم بما فيه ألم لهم وانذ كافة الذبح وأصل تركيب التدكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالنقص لتمام اشتغالها ومعنى

طريق يخرج مسئلة الكتاب لان الغراس فيها ينهما * (كتاب الذبايح) * قوله المناسبة بين المزارعة والذبايح (الح) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبايح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في

* (كتاب الذبايح) *

* (كتاب الذبايح) *

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبايح كونها اتلافا في الحال لا انتفاع في المال فان الزراعة انما تكون بانلاف الحب في الارض لا انتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال لا انتفاع بلحمه بعد ذلك اه أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبايح دون تعقيب المساقاة بالذبايح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبايح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم نوع واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهم اذ كانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبايح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبايح فاعتقدوا بذلك وعن هذا يرى كثير من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى فاضلخان وغيرها كفتوا بذكر كتاب المزارعة وجهلوا المساقاة بابامنها وعنفوها بالمعاملة وذكر كل واحد من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبعاد كل واحد منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة ألا يرى أنهم ذكروا الصنف بكتاب على حدة عقب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم ان الذبايح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر يذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الانثة السر حسي في البدن وما بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بيعه ولا يظن به انه كان يأكل ذبايح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفوف انتهى وقال في العمالية بعد ذلك أن يجب بانه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بغيره فلا يرد الشرع باباحه الا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز زمن حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحه ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالجماعة للاطفال والنداء بهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الانثة السر حسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظرهما الاول فلا نه يحتاج الى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على أنه كان يأكل من ذبايح أهل الكتاب فلم يجوز أن لم يكن أكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الانثة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبايح المشركين كذا كرهه الحبيب يمنع ذلك بناء على

تخرجها طريق آخر أي طريق الشراء وان كان فيه طريقان الآن معنى الشراء يشتملها وطريق آخر طريق الاجارة وهو أصحهما وفي فتاوى فاضلخان رجل دفع الى رجل أرضا مدة معلومة على أن يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على أن ما يحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما جاز والله أعلم بالصواب * (كتاب الذبايح) *

كأيهما اصلاح ما لا ينتفع به بالا كل في الحال لا انتفاع في المال قوله لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام أقول ولان تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى بالشرع فلا يمنع أكل ذبايح المشركين قبل ورود الشرع بحرمها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبايح أهل الكتاب) أقول لفظه ما معنى الذي وقوله يا كل أي كاه وقوله ذبايح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل ذبايح المشركين

قوله (الذكاة شرط لحل الذبيحة) الذبح شرط حل كل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها السكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكي ميتة وهي (١٠٦) منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لاجتماعه لما تلوذاه وغيره من غير من اللحم وانما يشتر

قال (الذكاة شرط لحل الذبيحة) لقوله تعالى الاماذ كيتم ولان جهات غير الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماء كقول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين البية والحيين واضطرار يتوهم الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبديل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاحتج به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكفاي وان يكون جلالا خارج الحرم على ما تبينه ان شاء الله تعالى

جواز انه كان يا كل ذابح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا للاستدلال فلا يحل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكرنا في أول المسئلة كان يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى أحدهما ولهاذا لم يذكر في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظا قال أو يقول قال العبد الضعيف مشير به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال يا ضمار الفاعل وأراد به نفسه فهذا لا يلزم تعيين الفاعل الا يرى أنه عند اسناد القول الى القدوري محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا ينبغي هذا الاعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال يا ضمار الفاعل وأراد به نفسه ان أراد به انه ذكر في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشير به الى نفسه فهو فورية بلا مربة فانه اذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الاطراذ كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشير به الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة وقال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظه قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بالاسباب كلام المصنف فالشارح العيني مكافئ لما ذكره هنا (قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء بخلاف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها السكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينبغي ان يكون الصفة المشتق منها هي جميع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الوداج والذكاة الذبح اسم من ذكي الذبيحة تذكية اذا ذبحها وهي شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الاماذ كيتم وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله (قوله فانها تنبئ عنها) أي الذكاة تنبئ عن الطهارة قال عليه الصلاة والسلام ذكاة الارض يسها أي طهارة الارض أي اذا يبيت من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب كذا في الصحاح والمغرب (قوله أو دعوى كالكفاي) لانه يدعى التوحيد ثم انما تحل ذبيحة الكفاي فيما اذا لم يذكروا وقت الذبح اسم عز بر أو اسم المسح وأما اذا ذكر ذلك فلا تحل كالتحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فقال الكفاي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم (قوله

بالذكاة فلا بد منها ليشترز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والعسل لان حلها ما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يسها يعني أنها اذا يبيت من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين البية) وهي الصدر (والحيين واضطرار يتوهم الجرح في أي موضع كان من البدن) قوله (والثاني كالبديل عن الاول) واضح وانما قال كالبديل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبديل (ومن شرطه) أي ومن شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكفاي فانه يدعى ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكروا وقت الذبح اسم عزير والمسبح لقوله تعالى (قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها

لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينبغي كونه المشتق منه ملة الحكم وذلك لا ينبغي على أحد (قوله ولان غير المذكي ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشهاها بالايام مرام المقام اذا المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكفاي فانه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شي فان النصاوي

وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون خللاً خارج الحرم كاسمعي قال (وذبيحة المسلم والكاتب خلال الخ) ذبيحة المسلم والكاتب ذمسا كان أو حربيا حلل إذا أتى به مذبحاً أو أذبح بالحضرة فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يدكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تناولوا) إشارة إلى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج (٤٠٧) الوثني والمرئذ والجوسي فلا يكون قاطعاً في الافادة ضم اليه

قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس رضي الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحصل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة فإن الجوسي إذا استلذذ بمكته حل أكلها وفيه نظر فإن تخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل إذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظاً التسمية وقيل يعقل أن يحل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني يقدر على الذبح ويضبطه أي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والملقوم (وان كان) أي الناجح (صيباً أو مجنوناً) قال في النهاية أي معتهراً لان المجنون لا قصد له ولا بد من ملان التسمية

مثلث تفكيك في دعوى مله التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في

قال (وذبيحة المسلم والكاتب خلال الخ) لما تناولوا واقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة تضبط وان كان صيباً أو مجنوناً وأما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

التي هي الذكاة علة للحكم كالاختي على ذي مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكاتب خلال الخ) لما تناولوا واقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عن بقوله لما تناولوا قوله تعالى الاماذ كيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكاتب من باب الاطلاق والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تناولوا إشارة إلى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرئذ والجوسي فلا يكون قاطعاً في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم إلى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولاً فلاننا لنسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وأحل لكم جميع الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمخففة والموقود والمتريدين الطاهات وما كل السبع الاماذ كيتم وقال القاضي البضاوي وغير من المفسرين ان قوله تعالى حرم عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا حرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عومه للوثني ونحوه أيضاً فلاننا لنسلم أنه من قبيل العام الذي يخص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والجوسي والمرئذ من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول بهما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناول بهما هو مستقل غير موصول به والنسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعياً انما هو العام الذي يخص منه بعض ما يتناول به دون العام الذي نسخ بعض ما يتناول به فانه يكون قطعياً في الباقي بل لا يب ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الاماذ كيتم فكان قطعياً في الافادة ولئن سلم كونه ظاهراً غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطالب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضاً أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفيد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ما نوافلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الاماذ كيتم بضمه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضاً عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضى أن يضم اليه أيضاً دليل آخر وأما ما نوافلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لا اختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل

وذبيحة المسلم والكاتب خلال الخ) وهو قوله تعالى الاماذ كيتم وهو عام يتناول المسلم والكاتب وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام الذبيحة حكم الذكاة من جهتهم لانه خص أهل الكتاب بالذكر وفيما لا تحققه الذكاة يستوى الكتابي والجوسي كالمسلم وغيره (قوله ويحل إذا كان يعقل التسمية) قيل معناه أن يعلم حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة وفي نسخة والذبيحة أي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه (قوله ويضبط) أي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به (قوله

عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكفي الظن في أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضاً فاقبل (قوله فلا يكون قاطعاً في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العرفان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزير (قوله والذبيحة يعني يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب عطفها بآثارها بل رداً

شرط بالنص وهي بالقصد
وحجة القصد بما ذكرنا يعني
قوله إذا كان يعقل التسمية
والذبيحة يضبطه والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا
قبيل أراد به الاتيين
المذكورين وفيه نظر لأن
عادته في مثله لما تلونا وقبل
أراد به قوله لأن حل الذبيحة
يعتمد المسألة وهذا ليس
بمذكور في الكتاب والاولى
أن يجعل إشارة الى الآية
والى قوله ولأن به يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر
وعادته في مثله ذلك قبيل
انما ذكر الاقلف احتراماً
عن قول ابن عباس رضى
الله عنه فإنه يقول شهادة
الاقلف وذبيحته لا تجوز
وقوله واطلاق الكتابي
ينتظم كذا ظاهر وقوله
(لأن الشرط قيام الاله) فيه
نظر لأن وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشرط
ويمكن أن يجاب عنه بأنه
شرط في معنى العلة وقوله
(ولا تؤكل ذبيحة الجوسى)
واضح قوله (بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير
دينه) يريد به من أدبان
أهل الكتاب أما اذا نجس
(قوله ويمكن أن يجاب بأنه
شرط في معنى العلة) أقول
ويجوز أن يجاب أيضاً بأنه
لا مانع تصور منه حل ذبيحة
إذا أتى سائر الشرائط غير
قضية الملة فإذا لم يكن مانعاً
أيضاً يحل

شرط بالنص وذلك بالقصد وحجة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم
الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لأن الشرط قيام الملة على ما مر قال (ولا تؤكل ذبيحة الجوسى)
أقوله عليه السلام سنوهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نساخهم ولا آكل ذبايحهم ولأنه لا يدعى التوحيد
فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول
الى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فاعتبر ما هو عليه عند الذبح لما قبله قال (والوثني) لأنه لا يعتد الملة قال
(والحرم) يعني من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في الحرم ينتظم الحل والحرم
والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة
بخلاف ما اذا ذبح الحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع اذا الحرم لا يؤمن الشاة
وكذا لا يحرم ذبيحة على الحرم

فاصرأ عن افادته حل ذبيحة المسلم على معنى زعم الشارح المزبور اللهم الآن يدعى أن الدليل الثاني اذا فادحل
ذبيحة الكتابي أفادحل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين آمنوا الكتاب
ذبايحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبايحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح
على ذلك بأنه لو لم يحل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكاة فائدة اذ يستوى الكتابي وغيره فيما
سوى الذبايح من الامعة فان الجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها وردها عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل
استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ
اذا لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه
بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحل على ذلك لخلل تخصيص أهل الكتاب بالذكاة في كلام رب العزة
عن القائدة تعالى عنه علواً كبيراً ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه ممتنع على أصل من لا يقول
بفهوم المخالفة أيضاً لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما
ذكرنا) اختلف الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية ترغاية البيان أراد به
الآتين المذكورين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين آمنوا الكتاب حل لكم لأن
الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لأن عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة
أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضاً صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضاً وهذا ليس بمذكور
في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة أن ذلك وإن لم يكن مذكوراً في الكتاب صراحة لا
أنه مذكور وفيه ضمني حيث قال فيما مر من شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب
العناية والاولى أن يجعل إشارة الى الآية والى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله
ذلك اه أقول فيه نظر لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر أغايد على كون الذكاة شرط
حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتعتبر الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذيح الوثني
والجوسى والمرتد أيضاً مع أن أحداً منهم ليس باهل للذبح قطعه وقول المصنف لما ذكرنا تعليل الاستواء
الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة الى ما دلالة فيه على ذلك أصلاً وهو قوله ولأن به
يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما ذكرناه وهو أن يكون قوله لما ذكرنا
إشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة يضبط وان كان صيباً ومجنوناً وأمرأه فانه قد علم من
ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة يضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون

فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لما قبله حتى لو تجسس يهودى أو نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان
مجوسياً في الأصل وان تهود مجوسى أو تنصر يهودى كل صيده وذبيحته كولو كان عليه في الأصل لأنه يقر على ما
اعتقد عندنا لأنه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اجباره على العود الى دعوى الاثنين فإذا كان مقرأ على

فلأنوكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلموا أن تركها عامدا فلا ذبيحة ميتة لأنوكل وان تركها ناسيا كل استدلال الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم سوي بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وان التسمية لو كانت شرطا للعل لماسقطت بعد ذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة فأنما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنهم اسقطت بعد ذر النسيان سلمنا أن شرط لكن الملة أقيمت مقامها كافي النامي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعه للتعارض بينهما حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال بأننا لا نسلم الملازمة فأنما تنعفى إلى النسوية بين المعذور والنسيان والتسوية بين المعذور والنسيان معهودة فيها إذا كان على الناس هيئة مذكرة كالاكل في (٤٠٩) الصلاة والجماع في الاحرام وهذا

ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روحه وان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بوجوده ولما منع أن يمنع بطلان التالي أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التزويد ما ذكره في الكتاب يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناس وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذره وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب اليه الشافعي رحمه الله مخالفا للاجماع فواضع واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فإن فيه تكذيبا لمن وجبه وهو ما كيد من الاستغراقية عن كل متروك التسمية وهو باطل لا يقتضي الحرم من غير فصل وهو أقرب لاحتياج من ذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن

قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فلا ذبيحة ميتة لأنوكل وان تركها ناسيا كل وقال الشافعي أكل في الوجوهين وقال مالك لأنوكل في الوجوهين والمسلم والكتاب في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي يخالف للاجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشافع رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينقض كونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم لان التسمية لو كانت شرطا للعل لماسقطت بعد ذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فآلة أقيمت مقامها كافي النامي

لا يتفاوتان في ذلك. كما نساؤه في حكم حل ذبيحته ما ندر نفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فلا ذبيحة ميتة لأنوكل وان تركها ناسيا كل وقال الشافعي توكل في الوجوهين وقال مالك لأنوكل في الوجوهين) قال صاحب العناينة في شرح هذا المثل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلموا أن تركها عامدا فلا ذبيحة ميتة لأنوكل وان تركها ناسيا كل اه أقول كأنه حسب أنه أتى في شرح هذا المثل بكلام يحمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه أحل بحق المقام في تحريره هذا مأولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كإقامة تضييقه قوله اختياريا كان أو اضطراريا بالانتم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما اشترط في الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرمي لا غير وسيجيء ذلك في الكتاب أيضا وأما ما نينا في قول المصنف والشارح الزبور أيضا فبما عدو على هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري إذا ظاهرا أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم) أقول فيه أن دليلا هذا قاصر عن افادة تمام مدعا لان المسلم والكتاب في ترك التسمية ما اعتقده التحق بها كان عليه في الأصل (قوله لان التسمية لو كانت شرطا للعل لماسقط بعد ذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة) لانها لو كانت التسمية من شرائط الحل كان مأمورا بها وفي المأمور لا فرق بين

(٥٢ - (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن) عمر رضي الله عنه حاول الجواب أنه غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المجازة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدور الأول لان ظاهر ما يدل عليه الآية لا ينبغي على أهل اللسان وفي ذلك أيضا من الحرج ما لا ينبغي إذا لاندان كثير النسيان والحرج مدووع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة الحد منه بالتعارض ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم) أقول فآله اقامة لاسلام مقام التسمية (قوله دفعه للتعارض بينهما حديث الخ) أقول ولولا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول فآله كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرناه والآية الكريمة فيخالف ما سلفه في الدرس السابق أن عاذنه في مثله لما تلونا (قوله وجه الاستدلال ن اللف) أقول يعني القرن الثالث والاندلس طاء أنه لا يجوز أن كل شيء ما بدون ذكر اسم الله عليه أو المراد أكثر الساقوفيه

يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر كمال الذكر باللسان يقال
ذكر عليه إذا ذكر باللسان (٤١٠) وذكره إذا ذكر بالقلب وقوله (ولانا كلوا عام مؤكدين الاستغراقية التي تفيد التاكيد)

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولانا كلوا مما يذبح كرام الله عليه الآية منى وهو التحريم والاجتماع وهو
ما بيننا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية وما لا يتحقق بظاهر ما ذكرنا الا فصل فيه ولا يمكننا
نقله في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على
ظاهره.

سواء كما مر آتفا وهذا الحديث انما ينتهض بحق في حق المسلم وحده (قوله ولانا الكتاب وهو قوله تعالى ولا
تاكلوا مما لم يذبح كرام الله عليه منى وهو التحريم) قال في العنايتة وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على
أن المراد به الذكر كمال الذكر باللسان يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر بالقلب وقوله (ولانا كلوا عام مؤكدين الاستغراقية التي تفيد التاكيد) ونا كبد
العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذبح كرام الله عليه حال الذبح عامدا كان
أو ناسيا الآن الشرع جعل الناسي ذا كرا العذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع باقامة الملة مقام
الذكر دفع العرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما ولا فلان
متنضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر كمال الذكر باللسان لا غير أن يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم
يذبح كرام الله عليه الا على ان لا يؤكل الذبوح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون
حال الارسال والري لا حال الذبح كما صاعقه فكان مما يذبح كرام الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت
النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل كل الذبوح بالذبح الاضطراري إذا ذكر اسم الله عليه
حال الارسال والري يجمع عليه بلاريب وأما ناسيا فلان قوله الآن الشرع جعل الناسي ذا كرا العذر كان
من جهته وهو النسيان ينفي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذبح كرام الله عليه حال
الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذا كرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله
تعالى ما لم يذبح كرام الله عليه كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص بشيء
متصور أيضا فحققت التناهي بين الكلامين تأمل تغف (قوله وما لا يتحقق بظاهر ما ذكرنا الا فصل فيه)

النسيان والعمد في العمل كقطع الحلقوم والادراج والتكبير واقرأة في الصلاة وانما يقع الفرق في المزجور
كلاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا باعتقاد فاما وجب الامر
الانتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤثرا (قوله والسنة وهو حديث عدي) وهو قوله عليه الصلاة
والسلام إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرته اسم الله عليه فكل فان شارك كلبك كلبا آخر فلا تأكل فانك
انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ففعل الحرمة بأنه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة انما يسم
على كلب نفسه (قوله والسمع غير مجرى على ظاهره) هذا جواب عن قول مالك رحمه الله حيث يتحقق بظاهر
قوله ولا تاكلوا مما لم يذبح كرام الله عليه لان ذبيحة النامي مختلفة في الصدر الاول ولم يجز الاحتجاج بينهم
بظاهر النص ولو أن يذبح ظاهره لجرى الحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين فارتفع الخلاف بينهم فان
قبل النامي مخصوص من النص فخص العامد بالقياس قلنا النامي ليس بمخصوص منه لانه ذا كرا تقدر
لقيام الملة مقام الذكر فان قيل فليقم الملة مقام الذبح كرا في حق العامد أيضا قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق
الناسي بالحديث وهو معذور مستحق للنظر والتفتيش لا يدل على اقامتها مقامها في حق العامد وهو غير معذور
ولان الناسي لا يتحلم أن يكون مراد منه أن لا يكون مرادا الا يكون مخصوصا وحيث سئل عن ارادة
العامد بالطريق الاولى وان لم يكن مرادا يلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل فان قيل النص مجمل
فانه لا يبرى أنه أرى به حال الذبح أو حال الطبخ أو حال الاكل والاحتجاج بالمجمل لا يصح قلنا أجمع السلف

وتاكيد العلم ينفي احتمال
الخصوص فهو غير محتمل
للتخصيص فيعم كل ما لم يذبح
اسم الله عليه حال الذبح عامدا
كان أو ناسيا الآن الشرع
جعل الناسي ذا كرا العذر
كان من جهته وهو
النسيان فإنه من الشرع
باقامة الملة مقام الذكر دفع
العرج كما أقام الاكل ناسيا
مقام الامساك في الصوم لذلك
ونفي الكلام في الآية
واسع وقد قررناه في الاوار
والعرج (والاجماع وهو
ما بيننا) يريد به ما ذكره في
التشريع بقوله فإنه لا خلاف
فمن كان قبله في حرمة تروك
التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم في تروك التسمية
ناسيا الخ (والسنة) وهو
حديث عدي بن حاتم الطائي
فانه صلى الله عليه وسلم حين
سأله عدي عما إذا وجد مع
كلبه كلبا آخر قال لا تأكل
فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك علل
الحرمة بترك التسمية والمسلم
والكتابي في ترك التسمية
سواء على هذا الخلاف
اذا ترك التسمية عند ارسال
الباري والكلب وعند الري
لكنها في ذكاة الاختيار
تشرط عند الذبح وهي على
الذبوح وفي الصيد تشرط
عند الارسال والري وهي
على الاكل لان الطاعة بحسب
الطاقة والمقدوره في

اذلوا ربه بجزئ المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناس وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على اذنه لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل بقدر عليه حتى اذا اُضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اُضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالآخرى أو كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد الا يوثق كل قال (ويكره أن يذبح كرمع اسم الله تعالى شاة غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذبح كرموصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قالوا وتفسيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له لأنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصور المحرم والثانية أن يذبح كرموصولا على وجه العطف والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الهمزة لا لأنه أهله لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل أن يضع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد من شهدك بالوحدانية تولى بالبلاغ والشرط هو الذكرا الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رمى الله عنه جردا والتسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذبح كرمع اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد باحدهما انتهى وقال في العناية استدلالا بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بالبلاغ وجه وهو ما كرهه من الاستغراقية عن كل متروكة التسمية وهو ما لا ينافي مقتضى الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر ما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحتج بظاهر ما ذكرناه قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فبرده عليه ان يقال ان عادته في مثله ان يقول ما تلونا خافه في مخالفة لها هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالظاهر عندي أن يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكر من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزم ترك عادته لان عادته أن يقول ما تلونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما رواه ينافي ما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما هنا أتى بكلمة جامعة فقال وما لك يحتج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لحديث عدي بن حاتم الطائي اذا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى

على ان المراد به حال الذبح لاسا اثر الاحوال فلا يكون مجملا (قوله والاقامة في حق الناس وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر) جواب عن قول الشافعي رحمه الله (قوله وما رواه) أي الشافعي رحمه الله وهو قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم (قوله وهذه ثلاث مسائل) احدهما أن تحسب كون موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وتفسيره ان يقول باسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالنصب لا يحل هكذا ذكر في التنازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحر وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد بن عبد الله ان لا يرى الخطأ في النحر معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا تحرم الذبيحة كذا في النخبة وذكر الامام الترمذي رحمه الله ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغيره وافهنا على أوجه ما ان ينصب محمدا أو يحفضه أو يرفع وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئا لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لأنه يصير ذابحها ما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمي آخر مع اسم الله تعالى

قال (ويكره أن يذبح كرمع اسم الله تعالى شاة غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الهمزة) يشير الى أنه لو قال غير مكسورا لا يحرم قبل هذا اذا كان يعرف النحر وقال الترمذي ان خفضه لا يحل لأنه يصير ذابحها ما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد بن عبد الله ان لا يرى الخطأ في النحر معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم

قوله فقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد بن عبد الله ان لا يرى الخطأ في النحر معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم

قال الله تعالى فاذا كروا اسم الله عليها صواف أي فائتات صغفن أي يمين وأرجلهم وهذا التكبير وهذه الألفاظ لا يكون مكبرا (ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين) والفرق لاني حينئذ حجه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطف يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز أن يصلى الجمعة (٤١٢) بذلك القدوري إحدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا

الى ذكر الله وهما الذبح على الذبح (والذبح بن الحلق والابسة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعله وأسفله) وأنى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحين وهو دليل ظاهر للامام الرستغنى رحمه الله في حل ما بين عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح في غير الذبح وهو يخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحين يجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انما هو الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي

ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما ندولته الاسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعله وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحين ولانه يجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انما هو الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمري والودجان) لقوله عليه السلام أفر الوداج بما شئت وهى اسم جمع وأقله

(قوله لقوله عليه السلام أفر الوداج بما شئت) قال تاج الشريعة القرى القطع للإصلاح والافراء القطع للإفساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فقد ذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا لو ردد الامر بغيره أقول فيماد كرهه هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عم القرى والافراء للإصلاح والافساد بلفرق بينهما حيث قال فراه بغيره شقه فاسدا أو صالحا كقراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما اذا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون القرى حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والقرى أنه قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابح والسبب والفرى قطع للإصلاح كما يفرى الخراز الا ان انتهى فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذا شئت أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون القرى كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والان نسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا لأنه لم يسم به في الحديث انتهى فعلى هذا لا يقال كسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وان نسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولو ردد الامر بغيره فلهل حرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لالفاظ الحديث أو اختياره منه لعدم الفرق بين القرى والافراء مطلقا كما ذكره في القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهى اسم جمع وأقله

(قوله منقول عن ابن عباس رضى الله عنه) أى في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليها صواف وذكر في ذبائح الذخيرة قال الباقى والمسحوب أن يقول بسم الله الله أكبر بدون الواو فان قال مع الواو يكسر لانه يقطع فور التسمية (قوله وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعله وأسفله) وانما أعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبح الحلق وليس ذلك في قوله الذبح بين الحلق واللبة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه الرواية يقتضى ان يحل المذبوح وان وقع الذبح أعلى من الحلقوم لكونه ما بين اللبة واللحين وقد صرح في ذبائح الذخيرة بان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل وفي فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة ظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكله لانه ذبح في غير الذبح وهو الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ومخالفة لما ذكر في فوائد الامام الرستغنى رحمه الله مثل من ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الرأس أي يؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أن كلها سواء بقاء العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر لان الاعتبار عندنا قطع أكثر الوداج وقد وجد (قوله أفر الوداج) القرى القطع للإصلاح والافراء القطع للإفساد فكسر الهمزة ههنا أليق (قوله وهى اسم جمع وأقله

الثلاث

بعض الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء فيهم

أقول اذ يجوز أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وجل أمرهم على الإصلاح لا الجور والحرمة لا تثبت بالشك (قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة) أقول فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري مبدأه

الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجح اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما نذكره وذكر القذورى انه قول محمد بن أبي حنيفة وأما المصنف المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد بن أبي حنيفة أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما الوحيقة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه الرابع. والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الوداج بما شئت والقرى القطع للاصلاح (٤١٣) وإفراء القطع للافساد فيكون كسر الهمة أنسب ولهذا

قال بعد هذا الورود الامر بقره احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعها وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الوداج لدلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم الخبيث وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ بما يقتضيه فان الوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرى والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الخلقوم معتذر فثبت قطع الخلقوم بالاقضاء وجوابه سيجيء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انها والدم فينبو أحدهما مناب لا تحر اذ كل منهما يجري الدم أما الخلقوم فيخالف المرى فان

الثلاث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمرى، الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة لابقطع الخلقوم فيثبت قطع الخلقوم باقتضاء. وبظاهر ما ذكرنا من خروج مالك ولا يجوز الا أكثر من مائة بشرط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الا كل وان قطع أكثرها فنكذلك عند أبي حنيفة) وقال لا بد من قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين فالمرضى الله عنه هكذا ذكر القذورى الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمه الله أن هذا قول أبي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الخلقوم ونصف الوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الوداج والخلقوم قبل أن يموت كل ولم يحل خلافا فاختلفت الرواية فيه والاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أي ثلاث كل يحل وبه كان يقول أبو يوسف وأول ما رجح الى ما ذكرنا وعن محمد بن أبي حنيفة أنه يعتبر أكثر كل فرد منها ولا يبيح أن يقطع الودجين انما هو لان قصاله عن غيره ولو ورد الامر بقره فيعتبر أكثر كل فرد منها ولا يبيح أن يقطع الودجين انما هو لان

الثلاث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمرى) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعها وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ بما يقتضيه فان الوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرى والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الخلقوم معتذر فثبت قطع الخلقوم بالاقضاء وجوابه سيجيء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انها والدم فينبو أحدهما مناب لا تحر اذ كل منهما يجري الدم أما الخلقوم فيخالف المرى فان

الثلاث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى الجمع كقوله تعالى لا يحل لك النساء قلنا انما يصار الى الجنس اذا لم يكن ثم معهود وههنا العروق التي يدخلها الذبح معهودة معلومة فلا يصار الى الجنس ولا تلغو صيغة الجمع ولان المقصود ازالة الروح وتسهيل الدماء اسبالة على سبيل التوحشة اذ في الانماء زيادة تعذيب منهي عنها وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا الفرد منها (قوله فيتناول الودجين والمرى) أي بطريق التغليب (قوله الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة لابقطع الخلقوم)

المرى يجري العلف والماء والحلوة ومجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس يجسد فلا بد من قطعها وهو قريب وجوابه سيجيء واحتج محمد بن رحمه الله بان كل فرد منها أصل بنفسه لا تفصله عن غيره ولو ورد الامر بقره والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الامور الاربع وهو أقرب كاترى واحتج أبو حنيفة رحمه الله بان الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انما هو الدم المسفوح والتوحشة أي التجبيل في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس (قال المصنف فيثبت قطع الخلقوم باقتضائه) أقول فيبحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حل الوداج على

أو الطعام وهم ذابحهم جواب أبي يوسف بقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرراً عن زيادة التعذيب) جواب ما للشرحه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمعهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحمل لك النساء لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقياً فلا يحمل وقيل لما كان جانب الحرمه مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئاً ورعنا الى هذا (٢١٤) بقوله احتياطاً بجانب الحرمه قال (ويجوز الذبح بالطفر والقرن والسن الخ) الذبح بالطفر

للم فينبوب أحدهما عن الآخر اذا كل واحد منهما يجري الدم أما الحلقوم فيخالف المري فانه يجري العلف والماء والمري يجري النفس فلا بد من قطعهما ولا يخيصة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وهو المقصود يحصل بها وهو انما اراد الدم المسفوح والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرراً عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئاً احتياطاً بجانب الحرمه قال (ويجوز الذبح بالطفر والسن والقرن اذا كان مزروعاً حتى لا يكون

والقرن والسن المزروعاً جازم كرموه أو كل الذبيح بها لباس به وقال الشافعي رحمه الله هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأثرى الاوداج ما خلا انظفر والسن فأنه مامدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز أكله في تناول الحرمه بالمزروع والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بهاء مطلقاً غير مشروع فلا يكون ذكاة كفر غير المزروع ولما قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت ويرى أثر الاوداج بما شئت وهو باطل لانه يقتضي الجواز بالمزروع وغيره الا أن أثر كذا في المزروع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فأنه مامدى الحبشة فأنه لم يلقاها الاطفاً ويحددون الاسنان ويقاثلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المزروع الاستغراق حيث بني تعليقه على قيام الاكثر مقام الكل فيثبت قطع الحلقوم

حقيقة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع اربع أيضاً اقتضاء كذا كرهه هنا لاشك أنه يحصل من مجموع استغراق العروق الاربع كلها وان كان من جهتي الدلالة أعني العبارة والاقتضاء فلا تدفع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرراً عن زيادة التعذيب) أقول لعلنا أن يقول لو كان في قطع الودجين معار زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرراً عنهما كان قطع العروق الاربع جميعاً في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضاً بل ينب أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فأنامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمعهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحمل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس أفراده حقيقة وانما الانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حله على الاستغراق وههنا ليس كذلك اه أقول ليس لهذا الايراد ما ساسه بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجميع حمل ههنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرفة بالألف واللام انما يحمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر حله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحته ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحته من أفراد حقيقة

فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وانما قال ان النص يتناول المري من حيث اللفظ والحلقوم بطريق الاقتضاء لان قطع مجرى النفس أبلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد فسر المصنف المري بمجرى النفس (قوله بخلاف ما اذا قطع النصف) لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئاً احتياطاً بجانب الحرمه يريد به لما كان الرجحان بجانب التعريم كان للنصف الباقي حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من الثلاث القائم مقام الاربع باق فانه اذا ترك الاثنين غير مقطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعه للعمل وهو الثلاث فان قيل المقطوع أيضاً أكثر ما شرط قطعه للعمل قلنا اعتبار الاكثر في المتروك أولى من اعتبار الاكثر في المقطوع ترجيحاً للمعوم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باق فيحرم لان المرخص ترك الواحد لا غير (قوله

بنتاول اللفظ لا بالاقتضاء) قال المصنف وهو المقصود يحصل بها) أقول أي بقاها على

بأكثر

حذف مضاف (قال المصنف والتوجيه) أقول أي التحجيل بالحام المهملة) قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل به ذابحوا أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الوارد في قوله والطعام بمعنى أو (قوله وليس ثمعهود) أقول قيل لانسلم انه ليس ثمعهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحته ليس أفراده حقيقة) وانما الانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حله على الاستغراق وههنا ليس كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس افراده أي

وقوله (ولانه آله جارحة)
 جواب عن دليله المعقول
 وتقر به أنا لانسلم أن أنهار
 الدم بالظفر والسن المزروعين
 غير مشروع فانه أى كل
 واحد منهما آله جارحة
 يحصل بها المقصود وهو
 اخراج الدم فصار كالليطة
 والجرح والحديد والسكين
 الكليل وباقي كلامه ظاهر
 سوى ألفاظ نغسرها ليطة
 بكسر الهمزة والقصب
 والمروءة والجرح الحاد (وقوله
 لما بيننا) اشار الى قوله
 لانه يقتل بالثقل فيكون
 في معنى المتخفة وقوله صلى
 الله عليه وسلم لقد أردت
 أن تميتها موتات قبل أنما
 يكون ذلك اذ اعلم المقصود
 بالذبح أن التحديد للذبح
 وليس كذلك لان الذبوح
 لا عقل له وهو مع كونه سوء
 أدب ساقط لان الوهم في
 ذلك كاف وهو موجود فيه
 والعقل يحتاج اليه لمعرفة
 الكليات وما نحن فيه ليس
 منها والخناع بالغف والكسر
 والضم لغف فيه فسر المصنف
 بانه عرق أبيض في عظم
 الرقبة ونسبه صاحب النهاية
 الى السهو وقال هو خيط
 أبيض في جوف عظم الرقبة
 يمتد الى الصلب

ليس من أقران مفردة وقوله
 حقيقة أى ليس من أقران
 حقيقة لان هذا الجمع من
 باب التعليل

بأكمله باس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم
 وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فأنهم ممدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاه كما اذا ذبح
 بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت وروى أقرى الاوداج بما شئت وما رواه مجمل على غير
 المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آله جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالجرح
 والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي
 ولان فيه اعسار على الحيوان وقد أمر نافية بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروءة وكل شئ أنهر الدم الا
 السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بمعاميته لما بينا ونص محمد في الجامع انه غير على أنه ميتة لانه وجد
 فيه نصاب ما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال
 (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم
 فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ولو لم يرح ذبحته ويكره أن يصفعها ثم يحد الشفرة
 لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا
 حددتها قبل أن تصفعها قال (ومن بلغ بالسكين الخناع أو قطع الرأس كرهه ذلك وتوكل ذبحته) وفي بعض
 النسخ قطع مكان بلع والخناع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهى

فصار حاصله أني جوازاً على الجنس ههنا فلا ينجح عليه الا اراد المذکور أصلاً (قوله وقال الشافعي المذبوح
 ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأقرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فأنهم ممدى الحبشة) أقول هذا
 الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعى البعض فان القرن أيضاً داخل في المدعى
 مع أن الحديث المذکور لا يدل على عدم جواز كل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر
 والسن فبقى ما عداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاه) أقول فيه بحث لانه
 ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه يرمي فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو
 مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاه حيث نزل هو أيضاً أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكن ذكاه يجوز أكل
 المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكاه باس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل
 المذکور من قول الشافعي عن المصادرة على المطالب كاترى (قوله والخناع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في
 المغرب الخناع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والغف والضم لغف في الكسر ومن قال هو عرق

كل ما أنهر الدم قبل الذي ينهر الدم ويقرى الاوداج لا يكون ما كولا وروى عن الشيخ الاستيعابي
 رحمه الله انه سئل رسول الله عليه الصلاة والسلام عن آله الذبح فقال كل ما أنهر الدم وأقرى الاوداج
 والفقهاء تركوا مقدمة الحديث هكذا ذكر هذا الحديث في غرائب الحديث أبو عبيد رضى الله عنه (قوله
 ان تميتها موتات) ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انهم تعرف ما راد بها كجاء في الخبر أنهم مات لبها ثم
 الاعراض أربعة حالها ورأوا حلتها وفسادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه
 زيادة ايلام غير محتاج اليه * الخناع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والغف والضم لغف في
 الكسر ومن قال هو عرق فقد ساءلها انما ذلك الخناع بالبلاء يكون في العفا ومنه بضع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك
 الموضع فالخناع أبلغ من الخنوع (قوله على ما مر) أى في أول باب الذباغ وهو قوله والثاني كالبذل من الأول
 (قوله لما بيننا) وهو قوله لان ذكاه الاضطرار انما انصار اليه عند العجز وهذا الذي ذكره فيما اذا علم أن المتردى
 مات من عرق وجرحه وفي الذخيرة بغير تردى في بئر فوجاه وجاءه يعلم أنه لا موت منها فأتى كل وان كان
 مشكلاً أكل وفي النوادر حاجة رجل تعاقبت شجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها قال ان كان يخاف فوثقها
 تؤكل وان كان لا يخاف فوثقها لا تؤكل وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يد وذبح الولد
 حل أكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذهبه يحمل أيضاً وان كان يقدر لا يحمل (قوله

ود بان بدن الحيوان
ركب من عظام وأعصاب
عروق هي شرايين وأوتار
ماتمة شئ يسمى بالخيوط أصلا
ثم ذكر المصنف رحمه الله
لأصل الجامع في أفادة معنى
لكراهة وهو كل ما فيه
زيادة ألم لا يحتاج اليه في
لذة كآفة قال (وما استأنس
من الصيد) قد مر أن الذبح
لا يضطرارى بدل عن
لاختيارى فلا يصير الى
لاول قبل العجز عن الثاني
هذا يخرج ما ذكر في
كتاب (وقوله لما بيننا)
شارة الى قوله لان ذكاه
لا يضطرار انما يصار اليه
بذرا العجز (وقال مالك رحمه
الله لا يحل الاكل بذكاه
الاضطرار في الوجهين)
بني ما توحش وما تردى
ان ذلك نادر والنادر لا حكم
، فلما لا نسلم النذرة وابن
كانت فالمعتبر حقيقة العجز
قد تحقق (وقوله وفي
كتاب) يريد به القدورى
كلامه واضح والخبر قطع
اعروق عند الصدر والذبح
قطعها تحت اللحيين
والمتحجب في الابل الاول
وفي غيره الثاني والعكس
يجوز ويكره لما ذكر في
كتاب (وقوله اعنى في
يره) أى في غير الذبح وهو
له السنة

قوله ورد بان بدن الحيوان
ركب الى قوله وماتمة شئ
بى بالخيوط أصلا أقول
القاموس النخاع مثلثا لخيوط

أن تنفع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبجه وقيل أن يكسر عنقه
قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان
بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاه مكروه ويكره أن يجز ما يريد
ذبحه بوجه الى المذبح وأن تنفع الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده لألم فلا يكره الذبح
والسائح الآن الكراهة ثلثي زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل
ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قعاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاه ويكره لان
فيه زيادة الألم من غير حاجة فصارت اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود
الموت بما ليس بذكاه فيها قال (وما استأنس من الصيد) نذ كان الذبح وما توحش من النعم فسد كانه العقر
والجرح) لان ذكاه الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاه الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه
الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر وقع العجز عن ذكاه الاختيار) لما بيننا وقال مالك لا يحل
بذكاه الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصير الى البذل
كيف واه لا نسلم النذرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق في ما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا نذت
في الصحراء فذكاهم العقر وان نذت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا
يجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لانها لا تدفع عن نفسها فلا يقدر على أخذها وان نذت في
المصر فيتحقق العجز والصيل كالنذرة اذا كان لا يقدر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاه حل
أكله قال (والمتحجب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمتحجب في البقرة والغنم الذبح فان نحرها جاز
ويكره) أما الاستحباب فوافقة السنة المتواترة ولا اجتماع العروق فيها في النحر وفيه ما في المذبح والكراهة
لخالفه السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن نحر ناقه
أو ذبح

فقد سها انما ذلك النخاع بالبدن يكون في القفا ومنه يتبع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالجسم أبلغ من النخاع
اه وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن
صاحب النهاية ذكر ما ذكرهنا من عند نفسه حيث قال فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه
صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب وديان بدن الحيوان
مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار وماتمة شئ يسمى بالخيوط أصلا الى هنا لفظ العناية
أقول الرد المذكور مردود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هي وأعضاء مفردة لبدن الحيوان
وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل
أو انبيا كالعين أو نالسا كالوجه ثم الرأس مثلا على ما بين كاه في كتب الطب فان أراد بقوله وماتمة شئ يسمى
بالخيوط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخيوط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا أذ لم يقل
أحد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخيوط أن لا يكون
النخاع خيطا وان أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخيوط فهو ممنوع جدا
كيد ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشعونة بتفسيره بالخيوط منها المغرب كما ذكرنا في صدر
الكلام ومنها صحاح الجوهرى فانه قال فيه وهو الخيط الأبيض الذي في جوف القفا ومنها القاموس فانه قال
فيه والنخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف القفا فيعذر من الدماغ وينشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك
من معتبرات كتب اللغة

في الوجهين) أى فيما توحش من النعم وفيما تردى في بئر (قوله وفي الكتاب) أطلق فيما توحش من النعم أى في
القدورى (قوله والمتحجب في الابل النحر) وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق

بقرة فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل شيء ولم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد
رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين
ذكاة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها أو يتنفس بنفسها
وكذا حكم حتى يدخل في البسع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الأم ذكاة له عند
الجمهور ذكاة كذا في الصيدولة أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موته وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا
يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاعف اليه وتصح الوصية به وهو حيوان دموي وما هو المقصود من
الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يفصل بجرح الأم أذهب وليس بسبب خروج الدم عنه فلا يجعل تبعاً لحقه
بخلاف الجرح في الصيدلانه سبب لخروجه ناقصاً في مقام الكمال فيه عند التعذر وانما يدخل في البسع
تحريراً لجوارزه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كي لا يفصل من الحرمة ولد رقيق
* (فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) * قال (ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخالب من الطيور)
لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخالب من الطيور وكل ذي ناب من السباع ونهى عن السباع

* (فصل فيما يحل أكله وما لا يحل) * لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول
إذا المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الأكل وقدم الذبح لأن وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكر (قوله)
وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخالب أو

في أعلى العنق تحت الحيين (قوله ذكاة الجنين ذكاة أمه) أي ذكاة الأم نابتة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان
الوزير لسان الأمير بيع الوصي بيع اليتيم وانما يؤكل الجنين بذكاة الأم عنده ما إذا تم خلقه وإن لم يتم
خلقته لا يؤكل وفي النوازل رجل له شاة حامل فأراد ذبحها إن تقارب الولادة يكره ذبحها لأن فيه تضييعاً عاماً
في بطنها من غير فائدة وهذا التقرير انما يتأخر على قول أبي حنيفة رحمه الله وفيه أيضاً الجنين إذا خرج حيواً ولم
يكن من الوقت مقدار مائة مدر على ذبحه فأتى كل وهذا التقرير بيع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
روى أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه سأل رسول الله عليه الصلاة والسلام وقال أنا نحر الجزور
ويخرج من بطنها جنين ميت أفناقه أم نأكله فقال عليه الصلاة والسلام كاره فان ذكاة الجنين ذكاة أمه
وإذا كان مذكي يحل بالأجاعة أو بقوله تعالى الأماذ كنتم ومن الدليل الواضح لهم أنه يحل ذبح الشاة
الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها ما لا فيه من اتلاف الحيوان لا كونه من رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا في حنفية فتوجه الله أنه أصل في الحياة حتى يتصور بعد موته وعند ذلك يفرد
بالذكاة وانما راد من الحديث التشبيه بالنباهة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه وما ذكر من القصة أن أبا سعيد
نحدرى رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنه لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قوله فخرج
من بطنها جنين ميت أي مشرف على الموت قال الله تعالى إنك ميت وأنهم ميتون ومعنى قوله كاره أي إذا نحوه
وكاره وأما قولهم أنه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل الجنين بذبح الأم لما حل ذبحها ما لا قلنا بأحد ذبح
الحامل لأنه يتوهم أن يفصل الجنين حياً بذبح أولاد المقصود نكح الأم وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال
كلوا ذبحاً ليس بما كره المقصود الجلد (قوله وانما يدخل في بيع الأم تحريراً لجوارزه) يعني الولد انما يدخل في
بيع الأم كيلا يفسد بيع الأم فإنه لو لم يدخل في بيع الأم كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم وأنه مفسد
بيع الأم فيدخل الولد في بيع الأم تحريراً لجوارزه بيع الأم (قوله ويعتق باعتاقها) يعني أن اعتقه عند اتان الأم
بطريق السراية مخصوصة بالصفت الشرعية وكونه مذكراً من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار
ما هو خلف عنه وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها في أفاده وهو الجرح المدمي ولهذا لو أصاب السهم
الظلف أو القرن فأتى ليجل لعدم الجرح وأما قولهم أنه يتغذى بغذاء الأم قلنا لا نسلم بل يقيه الله تعالى
في بطن الأم عن غير غذاء أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء والله أعلم بالصواب * (فصل فيما يحل
أكله وما لا يحل) *

(وقوله أشعر) معناه ثبت
شعره مثل أعشب المكان
وكلامه واضح خلافاً له لم
يجب عن الحديث الذي
استدل به لأنه لا يصلح
للاستدلال لأنه روى ذكاة
أمه بالرفع والنصب فإن كان
منصوباً فلا إشكال أنه تشبيه
وان كان من فوعاً فكذلك
لأنه أقوى في التشبيه من
الأول عرف ذلك في علم
البيان قبل ومما يدل على
ذلك تقديم ذكاة الجنين كما
في قوله وعيناً عيناها
وجيداً جيدها * سوى
أن عظم الساق منك دقيق
* (فصل فيما يؤكل وما لا
يؤكل) * ذكر هذا
الفصل عقب الذبائح لأنه
المقصود من الذبائح والوسيلة
إلى الشئ تقدم عليه في الذكر
وكلامه واضح وانما ذكر
أوصاف السبع لينبئ على
ذلك

ذكر عقيب النوعين فينصرف البهائم تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب والسبع كل مختلف منتجب جرح قاتل عادية ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا يعدوشى من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في باحتما والقيل ذوناب فيكره والبروع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل الرخم والبعث لانهما ياكلان الجيف

ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين وروا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتشبه هذا التقرير ولو صححت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب انما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لاني النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقسوله من الطيور وهو يائي أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل من البيانيين قيد المساقفة به من أحد النوعين مذكورا بإزاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتسدر (قوله والسبع كل مختلف منتجب جرح قاتل عادية) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاج أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختلف أو منتجب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختلف منتجب يشعر باجماع الاختطاف والانتهاج في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والبعث لانهما ياكلان الجيف) الرخم جمع رخمة وهو طائر يقع بشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في

(قوله الناب) من الاسمان مما يلي الرباعيات والمخلب الطير كالظفر للانسان (قوله لا كل ماله مخلب أو ناب) فالجامة لها مخلب والبعير له ناب والبق كذلك وقالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما فاذ والناب من السباع الاسود والذئب والتمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي وذو المخلب من الطيور الصقر والباري والنسر والعقاب والشاهين والمؤثر في الحرمه الايداء فهو طورايكون بالناب تارة يكون بالمخلب أو بالحيث وهو قد يكون خلقة كما في الخشران والوام وقد يكون بعرض كما في الجلالة (قوله والسبع كل مختلف منتجب جرح عادية) وانما عادية هذه الاوصاف ليست على قولها كي لا يعدوشى من هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاج هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع غير الطيور وفي المبسوط المراد بذى الخلطة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالباري والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القيلتين فسر السبع بهذين الوصفين (قوله كي لا يعدوشى من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل) لما أن الغذاء من الاثر في ذلك قال عليه الصلاة والسلام لا يرضع لكم الحقاء فان اللبن يغذى والخبيث حرام بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في باحتما وما عسك به الشافعي رحمه الله من حديث جابر رضى الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أيؤكل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة أجب بان حديث ثمامه لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم

قوله (كي لا يعدوشى من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاج أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذى الخلطة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالباري والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في باحتما فان قيل يعارضه حديث جابر رضى الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أيؤكل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة أجب بان حديث ثمامه لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم (قوله أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاج من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختلف منتجب يدل على وجودهما في كل سبع

الخبثات وابن عرس دويمة والرحم جمع رجة وهو طائر أطلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعفه وأما الغراب الأسود والابقع فهما نوعان ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل إلا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وأنه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلم يثبت من الحرام فيكون خبيثاً عادة وما يأكل الحب لم يثبت ذلك فيه وما خلط كالجداج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلماذا كرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه (٤١٩) ذؤاب (وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم

يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وأنه لما ثبت الخبر فإن قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قوي فأخذ نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكامين أبو بكر رضي الله عنه أوجب بأن الأصل أن الحائط والمبيع إذا اتعاضا برجح الحائط على أن المبيع مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الجمر الأهلية لماذا ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي إلى إباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبهاً بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لأجر فيما أوحى إلى محمد ما لا يتوحد به غالب بن أجيح قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي إلا جيران فقال

قال (ولباس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وأيس من صباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقق (لأنه يخلط فاشبه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلماذا كرنا وأما الضب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله وهي حجة على الشافعي في إباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبثات الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها قال (ولا يجوز أكل الجمر الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن لحوم الخيل والبغال والجرير وعن علي الصالح والبغاث طائر أعف إلى الغبرة دوين الرجة بطيء الطير أن كذا في الصحاح أيضاً معزيا إلى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الأول طائر أعف انتهى قال جهو والشرح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعفه وقال بعض منهم بهذا كالعصافير ونحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما ولا فلا ينال ما يؤكل كل لحمه أيضاً كالعصافير فأنها ما يؤكل كل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبايح من فتاوى فاضلهم وأما ثانياً فلأن كثيراً مما لا يصيد من صغار الطير وضعفه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا ينهم قول المصنف لأنهم ما يأكلون الحب الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسر الشرح به ههنا فإنه قال في دوان الأدب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الغراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى إلا أن شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير لما في الكتاب لماذا كرنا من الوجهين وإنما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح وأولاه معزيا إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضاً تبصر ترشد (قوله وإنما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب

رجة وهي طائر أبقى يشبه النسر في الخلقة يقال له الأنوق والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعفه كالعصافير ونحوها الواحدة بغائة وفي أوله الحركات الثلاث (قوله ولا بأس بغراب الزرع) وفي الذخيرة وأما الغراب الابقع والأسود فهو نوعان ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وأنه لا يكره ونوع منه لا يأكل إلا الجيف وأنه مكروه ونوع يخلط الحب بالجيف يأكل الحب مرة والجيف أخرى وأنه غير مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يكره الغداف وهو غراب القيظ ويكون ضخماً وأفرأ يجناحين والفاخته تؤكل وكذا الدبسي بضم الدال وأما الخفاش فقد ذكر في بعض المواضع أنه يؤكل وذكر في بعضها أنه لا يؤكل (قوله وأما الضب فلأن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله) وروى عن

عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدل لا يحل أكل الوحشي وهو ضعيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجور والدليل

(قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعفه الخ) أقول فيه بحث فإنه يضيق على ما يؤكل كل لحمه أيضاً كالعصافير (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزبيلي في شرح الكثر ونوع يخلط بينهما وهو أيضاً يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب (قال المصنف وإنما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أقول قال العلامة السكاكي أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طيب لربض لانا كل لحم البعير يشاؤله فيه كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجور) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفخ خير كان بعد الهجرة

على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلانه مؤول بما كل ثمنها وأما الاستدلال فلان شرطه أن لا يكون الفرغ منصوباً عليه والنص الناهي عن لحوم الجوارح الاهلية قائم فبطل القياس قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم

(قال المصنف ولا يبيح حنيفة رحمه الله (٤٢٠) قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينته يخرج مخرج الامتنان والا كل

رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المذقة وحرم لحوم الجوارح الاهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بكلمة الحديث جاز رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجوارح الاهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يبيح حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينته يخرج مخرج الامتنان

الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراد كما إذا قال طيب لريض لا تأكل لحم البعير يتناول فيه كل أفراد انتهى واقتضى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً لان قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذلك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة كراهة النص فيستدل بكراهة كراهة على كراهة كل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس لا اشتراك كلها في كراهة ثم أقول لست شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتسبب في اثبات كراهة كل الحشرات كلها بقوله تعالى ويجرم عليهم الخبائث والظواهر أن الحشرات كلها من الخبائث حقيقة ثم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه

من أعلى منافعها الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غير أصلاً ويدل عليه أن الآية تمكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجوارح الاهلية حرمت عام خيبر انتهى قال الكاسي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بطلاق النعمة أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا وإن سلمنا لكان لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله من منفعة الاكل يتعلق بالبقاء في الجملة فسلم لكن غيره يسلم مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسلم غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على السكال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنمة كالأدبى فينشد ترك الامتنان في الخيل بالا كل

عاشته رضي الله عنه أهدى البهاض فدخل النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن كراهة فنهاه عنه فجاء سائل فأرادت ان تطعمه اياه فقال عليه الصلاة والسلام اطعمين ما لا تأكلين وهذا أخذ فنفى قول لا يحمل كل الضب وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته وما عساه الشافعي رحمه الله من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الضب فقال لم يكن من طعمي قومي فاجد نفسي تعاف فلا أحله لا أحرمه وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على ما نذر النبي عليه الصلاة والسلام وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه ورسول الله عليه الصلاة والسلام كان ينظر اليه ويضحك قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عائشة رضي الله عنها عن التصديق بالضب دليل على ان امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكله كان حرمة لا لانه كان يعافه اذ لم يكن كذلك الامر ما بالتصدق كما أمر به في شاة الانصار بقوله أطعموها لا ساري ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والاخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر ولا يجوز أن كل الجوارح الاهلية وكان بشر المرئى يبيع ذلك وهو قول مالك رحمه الله ووجه ما روى عن عائشة رضي الله عنها سئل عن ذلك فقالت قوله تعالى قل لا أحد فيما أوصى الى محرماً الآية وفي الحديث الحبرين غالب رضي الله عنه انه سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق من مالى الا حبرتان فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واعتبراه بالجوارح الوحشى وكل حيوان وحشيه ما كولا فاهلها كولا كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولتأمنى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل الجوارح الاهلية وأمره بالغاء القدور يوم خيبر والقدور تغلى بلحوم الجوارح الاهلية ولم يكن ذلك بعلة الظاهر لانه أمر بالغاء القدور وبعد ما صار لحائس فيه منفعة الطهور وما حرمها لانها يهيمه لم تخمس فان ما كان ما كولا فلغاغين حق تناول منه قبيل الجنس كالطعام والعلف والمبرم والمبيع اذا وردا فالحرم أولى وما استدلت به

والا كل

لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدار والنسل والبيع وحمل الثقل فلنا وجه الامتنان

لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق بمرجع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على انما نقول ان الركوب والزينة لا يخص بهذه الاشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق بالبقاء بدون الركوب وأما قوله غيره يسلم مسده في تعلق البقاء فلنا ذلك

والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويعتن بأدناها ولأنه آله ارباب العدو فيكره
أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في اباحتها تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض
بحديثه ليرضى الله عنه والترجيح للحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول
أصح وأما البنية فمستدلة لا باس به لأنه ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولا باس باكل الارنب) لأن النبي
عليه السلام أكل منه حين أهدى اليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولأنه ليس من السباع
ولأن أكله الجفيف فاشبهه الطهي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الذي والحزير) فان
الذكاة لا تعمل فيها ما لا آدمي فحرمته وكرامته والحزير ونحوه كافي الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً لا تبسع بدون الاصل وصار كذبح
المجوسي ولأن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبة والدماء السيالة وهي النجاسة دون ذات الجلد واللحم فإذا
زالت طهر كافي الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي امانة في الشرع فلا بد
من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل

(قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناينة في تعليل
كون الاول أصح لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فأراك في شيء قال
أكرهه أنت في شيء فقلت في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه
أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه فأراك في شيء أكرهه

عاشته رضي الله عنهما من الآية لا تجزأ لها فيه لأنهم استدلوا بعام دخله الخصوص بالاتفاق وذهبت النهي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الجوار وكان ذلك دليل الخصوص في هذا العام ومعنى قوله عليه الصلاة
والسلام كل من سمين مالك أي به واستغنى عنه يقال فلان أكل عقاره واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه
لامشابهة بينهما معنى والمشابهة الصورية لا تكون دليل الحل مع ان المفارقة بينهما قد صحت بالانفصال لانه صح
في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الجوار الوحشي فانه روي ان اعرابيا أهدى الى رسول الله
عليه الصلاة والسلام حمرا وحشيا فقترأورجل حمرا وحشيا فأمر أبا بكر رضي الله عنه أن يقتله بين
الرفاق وقد ذكرناهم عن تناول الجوار الاهلي عليهم السلام هذا لأنه لا اعتبار للمشابهة الصورية شرعا (قوله
والاكل من أعلى منافعها) والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم لأنه سبقت لبيان المنفعة وقدم علينا
بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان ما كولا لكان الاول بيان منفعة الاكل لأنه أعظم وجوه المنافع
لأن فيه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع الى بيان الأدنى عند
إظهار المنفعة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قبل ان يأمركم أن لا تأكلوا من دواب الارض
بذكر الأدنى بالطريق الأولى قلنا ذلك انما يصح اذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن بصدد منه من
قبيل بيان الهاية ألا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دواب ومنافع ومنها ما يكون
ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير لتركبوها فلما قال لتركبوها ثبت أن الحكم في المعطوف عليه غير الحكم
في المعطوف ولأن البغل حرام ولأنه مكتول ولو حلت المكتول لحل ولحمها كونه حلالا من ذنب وولد
الانسان البر يمتن الجوار ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وحتى عن عبد الرحيم الكرمي أنه قال كنت
متريدا في هذه المسئلة فقرأت أبا حنيفة رحمه الله في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم واليه مال صاحب
الحصر والهداية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله الكراهة في شؤره كافي لبنه وقيل لا باس بلبنه لأنه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد (قوله لأنه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا) أي بطريق الاصل (قوله وفعل
المجوسي امانة في الشرع) لأنه ليس على الوجه المشروع واختلغوا في أن الوجوب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد

ويعتن بأدناها بانه ترك
ذكر الحل عليه فينبغي أن
لا يحل الحل عليه وهو فاسد
فان الكلام في أن ترك أعلى
السم والذهب الى مادونه
دليل حرمته الأعلى والحل ليس
كذلك وقوله (والاول) يعني
كون الكراهة للتحريم

(أصح) لأنه روي أن أبا
يوسف سأل أبا حنيفة رحمه
الله إذا قلت في شيء أكرهه
فأراك في شيء قال التحريم
ومبنى اختلاف الشايع
رحمهم الله في قول أبي حنيفة
رحمهم الله على اختلاف اللفظ
المروي عنه فانه روي عنه
رخص بعض العلماء في
لحم الخيل فاما أنا فلا
يعجبني أكله وهذا يلوح الى

لا يخرج كون منفعة الاكل
فوق منفعة الركوب والزينة
وأما منفعة البيع والحل
فقد ذكرها دلالة لأنه منى
ثبت كونه ركوبا بمنفعته
في ذاته ثبت أنه مال متقوم
ومحل البيع وفيه كلام
لا يخفى

لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قبل لا يجوز واعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالتزيت اذا
خالطه ذلك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك)
وقال مالك وجاعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان
وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والببيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطاهر وماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذا دموى
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث
ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما
تلا محمول على الاصطيد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيمار وي محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكلب
والخنزير قال (ويكره اكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لا لطلاق مارو ولا لان ميتة
البحر ووصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء
فكأوا وما لفظه الماء فكأوا وما طعة افلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر
ليكون موته مضافا الى البحر لامان فيمن غير آفة قال (ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك
والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الاخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب
على المحرم بقتله جزاء يلق به فلا يحل الا بالقتل كقبي سائرته والحجة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن

التزويه وروى عنه أنه قال
أكرهه وهو يدل على التحريم
على ماروينا عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء الا السمك)
واضح والطافي اسم فاعل
من طفا الشيء فوق الماء
يعطفوا اذا علا والمراد من
السمك الطافي الذي يموت
في الماء حتف أنف من غير
سبب فيعطل والجريث
نوع من السمك والمارماهي
كذلك وقوله (والحجة
عليه ماروينا) يعنى قوله
عليه الصلاة والسلام
أحلت لنا ميتتان ودمان
(الح)

وليس كذلك بل المروى عنه فيها الغطان أحدهما لا يجزئ أكله وبه أخذ من قال بكرهاته التزويه وإنهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكرهاته التحريم فبني اختلاف الفريقين اختلاف المرويين عنه كما صرح
به الشراح فأطبع حتى الشارح المازي ونفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليقه المذكور ومبنى اختلاف المشايخ
في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فإنه روى عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما ما نقلنا
يجزئ أكله وهذا يلوح الى التزويه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ماروينا عن أبي
يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل) أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع
الى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن
التسليم هذه الآية على الوجه المذكور لا ينشئ على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان
كما مر ذلك أيضا على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث)
أقول لا يذهب على الغطان أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيده مدعى مالك والشافعي بدون المصير الى اطلاق

الذبح أو الذبح مع التسمية قال بعضهم مجرد الذبح وقال بعضهم بل الذبح مع التسمية لان المظهر هو الذكاة وهي
عبارة عن الذبح مع التسمية (قوله من غير فصل) أي بين صيد وصيد وقوله والحل ميتته من غير فصل بين ميتة
وميتة (قوله وما سوى السمك خبيث) أي يستحب الطبع (قوله فيمارو) وهو الحل ميتته على السمك
أي محمول على السمك مستثنى عن ذلك أي عن سائر الميتات بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان فان
قبل هذا الخبر يخالف لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا الخبر مشهور ومؤيد بالاجماع فيجوز
تخصيص الكتاب به على ان حل السمك يثبت بطلاق قوله تعالى تأكلون لحما طرياً وقوله احل لكم صيد البحر
قبل هو السمك الطري وطعامه المتقدمه وكذا الميتة والدم الحلي بالالف واللام معهود على ما ذكر في آية
أخرى أو دما مسغوما فينصرف الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر (قوله لا لطلاق ماروينا)
وهو الحل ميتته (قوله وعن جماعة من الصحابة) وهم على وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضي الله عنهم
مثل مذهبنا وانه باب لا يعرف قياسا ثبت انهم قالوه سماعا (قوله ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وهما
نوعان من السمك) (قوله والحجة عليه ماروينا) وهو قوله أحلت لنا ميتتان ولا يقال رخص منه السمك اذا مات

وقوله (وتنسحب عليه فروج كثيرة بينها في كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره وكذلك إن ماتت في حب ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن جهها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فن فيها كذلك وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شياً ألقاه في الماء (٤٢٣) لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا

الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كاه كاه وهذا عدم من فصاحتهم ودل على إباحته وإن مات حنف أنفه بخلاف السمكة إذا ماتت من غير آفة فلا نأخذ صناعه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمكة عند ما أنه إذا ماتت بآفة فيجوز كالأخوة وإذا ماتت حنف أنفه من غير آفة لا يجز كالطافي وتنسحب عليه فروج كثيرة بينها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المبرر عليها منها إذا قطع بعضها فماتت يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة فمات أبين من الحي وإن كان ميتاً فمات حلال وفي الموت بالحرق والبرد وإيتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

ذلك الحديث أيضاً السمكة الطافي وعند ذلك لا يظهر وجهه لعله دليل على استعلا كاه هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لا طلاق مار ويناو طلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبايح لأن الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا قول فيه مناقشة هي

من غير آفة كذا الجراد ما يقياس لا نأخذ صناعه بالنص الوارد في الطافي لأنه في معنى الطافي من كل وجه لأنه عليه السلام قال في أول الحديث ما تنسحب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طافاً فلا تأكلوا والمراد من الطافي ما يموت حنف أنفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فإنه نوع آخر فكان العمل بصريح نص ورد فيه أولى من العمل بقياس أو بدلالة نص ورد في نوع آخر ولأن موته لا بد من أن يكون سبب فانه يجري الأصل يرى المعاش كإقيل إن بيض السمكة إذا انحسر عنه الماء يصير جراداً فإذا ماتت في البر فقد ماتت في غير موضع أصله وإذا ماتت في الماء فقد ماتت في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروى إن مريم رضي الله عنها سألت لجانها ما فرقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان مولعاً بكل الجراد (قوله وتنسحب عليه فروج كثيرة بينها في كفاية المنتهى) وهو أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن جهها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فن فيها لأن ضيق المكان سبب لموتها وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب فإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكلت شياً ألقاه في الماء أكل ما أبين وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام وما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فثبت بين الجسد وماتت أما إذا ماتت بحر الماء أو برده فغيره وإيتان في إحدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الأخرى لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمكة حراً كان أو بارداً وروى هشام عن محمد بن جهم أنه إذا انحسر الماء عن بعضه فإن كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وإن كان الماء انحسر عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهو سبب لموته فيؤكل كذا في المبسوط وفي النخبة إذا وجد في بطن الطافية سمكة أنها تؤكل وإن كانت الطافية لا تؤكل عن محمد بن جهم أنه في سمكة توجد في الكلب أنه لا بأس برديه إذا لم يتغير ولا بأس بأكل سمكة يصيدها المجوسى لأنها تحل من غير تسمية فإن المسلم إذا أخذ السمكة ونزك التسمية عمداً يحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغير المجوسى فيه سواء والله أعلم بالصواب

(كتاب الاضحية)

باس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحرق والبرد وإيتان) أحدهما أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرق والبرد صفتان من صفات الزمان وليست من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد وذكر شرح الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبايح لأن النخبة ذبيحة خاصة والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحية وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو والياء وسبقت أحدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحي بنشديد

الياء قال الأصمعي وفيها أربع أغانٍ أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاء على وزن فاعلة كهدية وهدايا وأغفاجه أفعجى (قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضاعفاً في البحر) أقول فيه بحث فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مشل إضافة قتل الطافي كونها إضافة إلى المكان وجوابه أن مراده لا مامات فيه بخيراً فتوفية ابن الرويتين *(كتاب الاضحية)* (قوله أورد الاضحية عقيب الذبايح لأن الخ) أقول الأولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبايح لأنها ذبيحة خاصة

كلوطاة وأوطى وقال الغراء الاضحية يذكر ويؤنث وفي الشرع تعابرة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحية وشراؤها
 سئذ كرفي أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا اتصل في اضافة الشيء الى الشيء ان
 يكون سببا وكذا اذا ازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكرر بتكررها والوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه
 يقال يوم الاضحية فكان كفولهم يوم الجمعة والعيد ولا نزاع في سببية ذلك وبما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة
 على وقتها لا يقال لو كان الوقت (٤٢٤) سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه

وهي واجبة بالقدرة الممكنة
 بدليل أن الموصرا اذا اشترى
 شاة للاضحية في أول يوم
 النحر ولم يضع حتى مضت
 أيام النحر ثم اقتصر كان عليه
 أن يتصدق بعينها أو بغيرها
 ولا تسقط عنه الاضحية فسلو
 كانت بالقدرة المبسرة لسكان
 دوامها شرطا كفي الزكاة
 (قوله وفي الشريعة عبارة
 عن ذبح حيوان مخصوص)
 أقول في معراج الدراية
 المراد من قول أصحابنا
 الاضحية واجبة النخصة أو
 على حذف المضاف كقوله
 تعالى الحج أشهر معلومات
 اذا لفعال توصف بالوجوب
 لا الاعيان ويحتمل أن
 مراد حقيقة لان الاعيان
 توصف بالحكمة وتوصف
 بالوجوب أيضا وهذا
 الكلام منه بعد ما فسر
 الاضحية في عرف الشرع
 بما ذكره هذا الشارح
 فقيم ما ترى ثم اعلم أنه لا بد
 في التعريف من قيد آخر
 وهو أن يقول بسن
 مخصوص اشلا ينتقض
 التعريف (قوله لان السبب

أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام
 الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في العقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا
 للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تميز
 الذات عن العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن
 فيه فكل ما اعتبر دخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور والداخلية في
 مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فتوقف تعقلها على
 تعقل معنى الذبح فيتم التعريف على اختيار الشق الثاني نامل توقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد
 اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الاضحية اه
 أقول فيه نوع مختلف لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن
 الاضحية شاة تذبح يوم الاضحية ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشي من غير الشاة كما يشعر به لفظ
 ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم
 الاضحية اه أقول فيه مما حجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحية من مثل الدجاجة والحمامة
 ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب السكافي والكفاية
 هي ما يضحي بها أي يذبح اه أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحية وغيره وانما هذا
 معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أنخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم لحيوان
 مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمغرس بن مخصوص وهو النني فصاعدا من هذه الانواع الاربع والذبح
 من الضأن يذبح بنية القرية في يوم مخصوص وهو يوم الاضحية عند وجود شرائطها وسببها اه وقال صاحب
 العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحية اه أقول برده على
 ظاهره أن الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لاعتن ذلك
 الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية فتدلوح اليه صاحب الاصلاح والابضاح حيث
 قال هي في الشرع بنية يذبح في يوم الاضحية بنية القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان
 مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية اه أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على
 المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد يذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذكور نفسه وهذا كما قبل في
 تعريف العلم بمحصول صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه
 الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه موطن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب
 العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض
 هي ما يضحي بها أي يذبح وجمعها الاضاحي ويقال ضحية ونحوها كهدية وهذا باو اضحاة واضحي وبه يسمى يوم

انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه أو عكسه (قوله اذا اتصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي قال
 أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم اقتصر الخ) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها لم يضع حتى
 مضت الايام فكذلك الحكم ففي دالة ما ذكره على مطلوبه يبحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا مبسرة فذلك لا لا اشتراء بنية الاضحية لا القدرة
 فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتغيب بعض الوقت يدل على أن وجوبه ليس بالقدرة الممكنة والام تسقط وكن عليه أن يضحي وان لم يشتر شاة
 في يوم النحر وسيقول انها شبه الزكاة من حيث انها تسقط لملك المال قبل مضى أيام النحر كالمزكاة تسقط لملك النصاب بخلاف صدقة الفطر
 لانها لا تسقط لملك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصرح في أن المعترف فيها هو القدرة المبسرة

والعشر والخارج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من أقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الأبعالك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كافي صدقة الفطر وهذا لأنهم سألوا طيفة مالية نظرا إلى شرطها وهو الحرية يشترط فيها الغنى كافي صدقة الفطر لا يقال لو كان (٤٢٥) كذلك لوجب التملك وليس كذلك

لأن القربى المالية قد تحصل

بالإتلاف كالاتفاق والمضحي

أن تصدق بالعم فقد حصل

النوعان أعني التملك

والإتلاف بإراقة الدم وإن

لم يتصدق حصل الأخير

وأما حكمها فالخروج عن

عهدة الواجب في الدنيا

والوصول إلى الثواب بفضل

الله تعالى في العتق قال

(الاضحية واجبة الخ) كلامه

واضح والجوامع أهم كتاب

في الفقه منه أبو يوسف

رحمه الله وقيد بقوله في

الوظائف المالية احترازا

عن البدنية كالصلاة

والصوم فانهما يتخلفان فيها

لأن المسافر تحقه المسقة

في أداؤها والعتيرة ذبيحة

كانت تدفع في رجب بتقرب

بها أهل الجاهلية والسلمون

في صدر الإسلام ثم نسخ

(قوله لأن اشتراط النصاب

لا ينافي وجوبها بالممكنة كما

في صدقة الفطر) أقول

للسائل أن ينقل الكلام

إلى صدقة الفطر فيحتاج

إلى جواب حاسم لمادة

الاعتراض فليتامل وفي

شرح المنار للسلامة بن

فرشته وكذا النصاب ليس

بشرط في صدقة الفطر ليس

بل يصير الموصوف به أهلا

للإغناء إذا اغتناء لا يتحقق

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحمد بن الر وابتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنه باستد كره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن علي قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منك

التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضا بأن قوله حيوان مخصوص بغنى عن ذلك القيد الاختلاف المراد بالمخصوص ما يعم الخواص النوعي وهو الأنواع الأربعة الأبل والبقر والضأن والمغز والمخصوص السفى أيضا وهو الذي فصاعد من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا يفتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كالموقع في النهاية وغيره كان أظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمد على ظهور تفصيل ذلك في تضعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الأداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الأداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية إلا أن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب فإن سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بانها ممكنة أو مبسرة لم يذ كر لافي أصول الفقهاء ولا في فروعهم أما الأول فقول بوالله التوفيق إن سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وإنما قلنا ذلك لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثا به سببا وكذا إذا لزمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره الوقت ظاهر وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كافي صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كافي يوم الجمعة ومثل هذه الإضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال اضحية للمال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببا لها أقول فيه نظرا لأن الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرط وسببا لشيء واحد أخذنا قد تقرر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا إلى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلا إلى الشرط أصلا بل كان وجود الشرط متوقفا عليه ومن المستبعد أن يكون شيء واحد موصلا إلى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلا إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة أن الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية) قال في العناية أخذنا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية ولو كانت بالقدرة المبسرة لكان دوامها شرطًا كافي الزكاة والعشر والخارج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من أقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الأبعالك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كافي صدقة الفطر وهذا لأنها طيفة مالية نظرا إلى

لاضحية اعلم أن القربة المالية نوعان بطريق التملك كالصدقات ونوع بطريق الإتلاف كالاعتاق وفي

(٥٤ - تكملة الفتح والكفاية) - ثامن من غير الغنا الشرعي فإن قلت المراد من الإغناء الإغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لأن من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها لثنا في بينهم انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة المبسرة في باب حسن المأمور به من كتب الأصول فراجع

فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على
المسافر لا يتم ما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة

شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك
لأن القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتان والمضحي أن تصدق بالهبة فقد حصل النوعان أعني التملك
والاتلاف بإراقة الدم وإن لم يتصدق حصل الاخير إلى هذا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله
بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه
إن المشتري إذا كان فقيرا حين اشتراها لم يضع حتى مضت الأيام فكذلك الحكم في دالة ما ذكره على
مطلوبه بحث إذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة فذلك لا يشترى بنية الأضحية لا القدرة فليتامل انتهى
أقول ليس هذا بشيء إذ لا نزاع لاحد في أن هذه وجوب الأضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وإنما الكلام
هنا في أن القدرة التي يجب بها الأضحية على الموسر هل هي القدرة المحيطة أم القدرة الميسرة فاستدل صاحب
النهاية على أنهما هي القدرة المحيطة بمسألة ذكرت في فتاوى فاضل خان وهي أن الموسر إذا اشترى شاة
للأضحية في أول أيام النحر فلم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها ولا
تسقط عنه الأضحية واقتضى أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال إذ لو كان وجوبها
بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً على ما تقر في علم الأصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم
تلك المسألة وهو وجوب التصديق بعينها أو بغيرها لأن هذه الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الأضحية كما
صرحوا به لا القدرة وعلمته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الأضحية كما صرحوا به أيضاً فبعد أن تقرر
أن علمته في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسألة دليلاً واضحاً على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي
الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسألة لا يمنع إذا الواجب في صورة أن كان
المشتري معسراً هو التصديق بعينها لا غير بخلاف أن كان موسراً كما ينبغي في الكتاب مفعلاً وقال ذلك
البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة المحيطة والالم تسقط
وكان عليه أن يضعه وإن لم يشتر شاة في يوم النحر اهـ أقول وليس هذا أيضاً بشيء لأن مراد المصنف هناك
فوات أداء الأضحية بعض الوقت لا سقوطها بالسكينة في حق المقيم أيضاً فإن الأداء وهو تسليم عين الثابت
بالامر يقوت بعض الوقت في الواجب الموقوت مطلقاً لأن الوقت شرط لأدائها على ما عرف في أصول الفقه
وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بعض الوقت وإنما الغائب بعضه ثم فوات الوقت لا غير وهذا
أيضاً ما عرف في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد
يكون بمثل غير معقول كالغدية للصوم وثواب النفقة للزوجة وعدوا الأضحية من القسم الثاني وقالوا إن أداءها
في وقتها بإراقة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بغيرها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول
المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة المحيطة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان
عليه أن يضعه وإن لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح إذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح
قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضعه وإن لم
يشتر شاة في يوم النحر فإن التضحية بإراقة الدم هي إنما تقبل في وقت الأداء لا بعده وإنما الذي يلزم بعده

الأضحية اجتماع العناية فإنها تقرب بإراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق بالهبة وتعليق (قوله فلا يأخذ من
شعره وأظفاره) أي لا يأخذ الضحية من شعر نفسه وأظفاره (قوله لأنهم لا يختلفان في الوظائف المالية) قيد
بالمالية لأنهم لا يختلفان في الوظائف البدنية فالمسافر لمحقه المشقة في الأداء بالبدن (قوله وصار كالعتيرة وفي
المغرب العتيرة ذبيحة فيرجب بتقريب أهل الجاهلية والمسالمون في صدر الإسلام يعني أن العتيرة للام يجب على
المسافر لا يجب على المقيم فكذلك الأضحية للمسلم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم والجامع كون

(قوله) ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب (اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك شيئاً لم تكن له شفاعة) أي يجب بانه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المغالبة به لان فيه (٤٢٧) ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام

وقوله (لان الاضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن الاختصاص (والوجوب هو المقتضى الى الوجود ظاهراً بالنظر الى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة أيضاً مقتضى الى الوجود ظاهراً بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأوجب بان الوجوب يقتضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الاداء اختصاص بأسباب أي بشرائط يتق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاستغالة بذبحها في وقت معين وقد تعينه السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة السفر مؤثرة في التخفيف ألا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا غيرها فإني أن يستقط عنه وجوب الاضحية وهو أقوى حجة من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي

وقضاه هو انما يكون بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بملاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بملاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بملاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر اه وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة المبسرة الى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لان الاضحية انما تسقط بملاك المال قبل مضي أيام النحر لا بملاكه بعدمضيتها حتى لو اقتصر بعدمضيتها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقر في علم الاصول من أن وجوب الاداء في الموقنات التي بفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآت يأم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لاشئ عليه والاضحية من هاتيك الموقنات فتسقط بملاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بملاكه بعدمضيتها وقتها لتقرر سبب وجوب أدائها اذ ذلك بل يلزم قضائها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقنة كائناً كان عليه في علم الاصول فتسقط بملاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لا اعتبار بالقدرة المبسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها الواجب للثابت الى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية أيضاً هو القدرة المبسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بملاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة المبسرة شرطاً لتمامها ومراعاة المصنف بقوله المازور بيان مشابهاة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بملاك المال في بعض الاحوال لاني السقوط بملاكه في كل حال ومن المبين فيه قوله من حيث انها تسقط بملاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بملاك النصاب حيث قد هلك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله) ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجده لم يضع فلا يقرب من مصلاً ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب (اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك شيئاً لم تكن له شفاعة) وأوجب بانه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المغالبة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول

كل واحد منهما فربما يتقرب بها الى الله تعالى وصار قوله كالزكاة لبيان العارذ وقوله كالغيرة لبيان العكس والعكس مرجح وكذا للعلل (قوله) ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) فان قيل اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك اربعاً قبل ان يظهر له ثملة شفاعتي وقال عليه الصلاة والسلام من ترك شيئاً لم يكن له شفاعة قلنا ذلك محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام ولهذا تجب المغالبة مع جماعة تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنن واجبة (قوله لان الاضافة للاختصاص) أي لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجباً بالنظر الى الجنس أي جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه فانه يجوز في سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم ومضان (قوله والمراد بالارادة) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله أي اراد بها

منكم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة قبوله من يقول من اراد الصلاة فليتوضأ (قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك فيصير قوله صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقرب من مصلاً نافع أن أكلهما ليس بمعصية فليستاً مل (قوله) أوجب بانه محمول على الترك اعتقاداً (الخ) أقول فيه نامل

ما هو ضد السهول التخيير والعنيزة منسوخة وهي شاء تقام في رجب على ما قيل وإنما اختص الوجوب بالحرية
لأنها وظيفة مالية لا تنادي بالملك والمالك هو الحر بالاسلام لكونها قربة وبالأقامتنا بيننا واليسار لها
ورويان من اشتراط السعة وتداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحية لأنها
مختصة به وسنين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده
الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كافي صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رجم الله وروى

قوله وأجيب عن الاول
بان المكتوبة الخ أقول
فنه بحث فانه روى

القصد الذي هو ضد السهول والتخير / نه تخيرا جاعا وهذا لا ينافي الوجوب أي من قصد التخصية التي هي واجبة كقول من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل (قوله) وهي شاة تقام في رجب على ما قيل فيه) اشارة الى الخلاف في تفسير العتيرة وفي الايضاح العتيرة هي ما كان الرجل اذا ولدت له الناقة والشاذب ذبح أول ولد لها كل واعطى وقبل يندر العرب فيه قول اذا بلغ شاة وكذا فعليه ان يذبح من كل عشر منها في رجب كذا قال محمد رحمه الله كان في الجاهلية ذبايح يذبحونها منها العقيقة وم منها الرجبية وهي شاة تذبح في رجب ذبا كلون و يطعمون ومنها العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة ذبح أول ولد لها كل واعطى وكلها منسوخ بالاضحية (قوله) وبالاقامة (ينا) وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر اصطحابها وباليسار لا يروى بناوه ومن وجد سعة لم يضح (قوله) وسنين مقداره) أي مقدار الوقت (قوله) وعن ولده الصغير) لانه في معنى نفسه لانه يلى نفسه ماله (قوله) فليحق به كفي صدقة الفطر) وهذا لان كل واحد منها قارب بمالية تعلقت بيوم العيد فكأنما نظير من

عنه

عنه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس عونه ويلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة محضة والأصل في القرب أن لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة فطره وإن كان الصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير فالحلاف في هذا كالحلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضيعة من مال الصغير في قولهم جميعاً لأن هذه القرينة تنادي بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله ولا يصح أن يضحى من ماله وبأكل منه ما أمكنه ويتابع بما بقي ما ينتفع بعينه قال (ويخرج عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الأراقة واحدة وهي القرينة إلا أن تركناه بالأنثى وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فتبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لأنه لما جاز عن السبعة نعمهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذنا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القرينة في البعض وسنبيته إن شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منه القوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليساره

وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحية لانها أي الاضحية مختصة أي بذلك الوقت فيقول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فالألزام هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت سوي اختصاص بنفس الاضحية ولا مصادرة فيه لانا نقول لانه في اختصاص الاضحية بذلك الوقت سوي اختصاص وجوبه اذ لا شك في إمكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لان مختصة به أن وجوبه يختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانهم اقر به مالية مقتقرة الى المالك والخ هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصه به فالألزام حينئذ لتعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه انقدو رى في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنياً للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لان مختصة به أن مختصة به في الشرع فالألزام لتعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت

من هذا الوجه وروى عنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى فاضل خان رحمه الله وجه ظاهر الرواية الاضحية لا تشبه صدقة الفطر من وجه آخر فان الصدقة تنادي بالتبليد وهذا بالاراقة فيقول بالاستحباب دون الوجوب ولان صدقة الفطر احرى بمجرى المؤنة والاراقة قرينة محضة بدليل ان لا يتقرب بها الى العباد ولا يجب بسبب الغير بخلاف التصديق بالماله فإنه كما يتقرب به الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلا تكون قرينة محضة فإن لا يجب على الغير بسبب الغير إذا قام الدليل وقد قام الدليل على صدقة الفطر قال عليه الصلاة والسلام ادعوا عن غفون (قوله ما ينتفع بعينه) أي يبقاه بعينه كالثوب ومتاع البيت (قوله وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع) حتى أن الرجل إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة فضحياهما يوم العيد لم يجز لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن (قوله لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القرينة في البعض وسنبيته إن شاء الله

وقوله (لا يجب عن ولده) يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب عليه (والاصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل أي من مال الصغير من ماله) ما أمكنه (ويشاع بما بقي ما ينتفع بعينه) كما في مال والمخل كافي الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعه عن محمد رحمه الله وقبل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لها فليس له إلا أن يعلم أو يا كل قال (ويخرج عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح قوله (وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما إذا مات وترك امرأة وابناً وبقرة فضحياهما يوم العيد لم يجز لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضاً

وقوله (يجوز في الأصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله أنه لا يجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الأصح ما ذكره في الكتاب به أخذ الفقيه أبو الليث والصدور الشهيد ورحمهما الله وقوله (إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وقوله (اعتبارا بالبيع) لأن في القسمة معنى التملك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله (وقد أمكن) يعني دفع الحرج لأن بالشراء للتخصيص لا يمنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن به بأس وقوله (لما بينا) أراد به قوله لأنه أعدها للقرية فممنوع عن بيعها إلى آخره وقوله (وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله) إشارة إلى قوله ومن ذبح

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثله لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

بأيده ما روى على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ولو اقتسموا أجزاء لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها من نفسه ثم اشترى فيها ستة معها جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأنه أعدها للقرية فممنوع عن بيعها ثم ولا والأشراك هذه مصنفه وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعاً للحرج وقد أمكن لأن بالشراء للتخصيص لا يمنع البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جعسة ولا أضحية قال (ووقت الأضحية يدخل بطالع الفجر من يوم النحر لأنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الأمام العيد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاه قبل

فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة القوم من المقتضيين الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحريته بالسلام وبالأقامة باليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل ذنباً مجرداً عن تخصيص القدر ويوجبها بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء أصلاً ولا يخفى ما فيه (قوله وقت الأضحية يدخل بطالع الفجر من يوم النحر لأنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير إلى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجز به لعدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا إشكال لأن الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الأصل في هذه المسئلة وكذا سائر الأحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل على شيء منها على دخول وقت الأضحية بطالع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار بل يدل بظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة أن يأخذ دخول وقتها بطالع الفجر من يوم النحر في حق أهل الأمصار أيضاً وعلى تقدير أن يحقق المأخذ ذلك فلا إشكال باق لأنه إذا لم تتأد الأضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الأمصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فسامعني جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتاً للأضحية في حق أهل الأمصار

تعالى لعل مراده وإذا أراد أحدهم بنضيبه اللحم لم يجز عن الباقي إلى آخره (قوله يؤيده ما روى على كل مسلم في كل عام أضحية وعتيرة) هذا محكم وقوله عليه الصلاة والسلام على كل أهل البيت بمحتمل تحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح هذا احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله فإنهم قالوا لا يجز بهما لأن كل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمهما الله والصدور الشهيد رحمه الله لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً وجه ذلك أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية فهي قرينة تبعاً للأضحية كما إذا ضحى شاه نفرج من بطنها جنين حتى فإنه يجب عليه أن يضحيها وإن لم يجز تضحيته ابتداء (قوله إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) يعني إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع ومع الآخر الجلد أو مع الأكارع أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيجوز كافي البيع أي في بيع الجنس مع الجنس جزاً فإذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز (قوله والأشراك هذه صفته) أي البيع بطريق القول (قوله لأن بالشراء للتخصيص لا يمنع البيع) وفي المبسوط وإذا اشترى أضحية ثم باعها فاشترى مثله فلا بأس بذلك لأن بنفسه الشراء لا تتعين الأضحية قبل أن يوجهها (قوله يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا) أراد به قوله لأنه أعدها

الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه وما روينا حجة على مالك والشافعي وجه ما لله في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمصري في مصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التحجيل أن يبعث به الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانهم انشبهوا الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في مصر مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بانها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أيضا وامر ذلك والظاهر أن ثمة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقبل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم إن صاحب الوقاية قال في نحر هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة أن ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر أن ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث اهـ ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في مته وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها أن ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم ينتبه له تاج الشريعة اهـ كلامه أقول لا خلاف في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها لأول وقت وجوب اولاشك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جداول الامام فاضلخان في فتاواه حيث قال وقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد اهـ (قوله ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجوز قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجبه وبعد الصلاة من وجبه فوقع الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجبه الاستحسان لا يدفع وجبه القياس الذي ذكره لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المسنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن

للقربة فيمنع عن بيعها الى آخره (قوله وما روينا حجة على مالك والشافعي وجه ما لله في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام) اراد به قوله عليه الصلاة والسلام ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وهو لعمومه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده (قوله فيعتبر في الصرف) أي في الاراقم مكان المحل أي المال لا مكان الفاعل اعتبارا بالزكاة بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر فكان محلها الذمة فاعتبرنا فيها مكان المؤدى لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى (قوله حتى لو اكتفوا بها أجزأهم) يعني لا يجب عليهم الذهاب الى الجبانة ولو لم يكن معتبرا لوجب عليهم الذهاب اليها وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبادة دارن بين الجواز وعدمه فينبغي ان لا يجوز احتياطا وهذا لانهم من حيث كونها بعد الصلاة تجوز ومن حيث كونها قبل الصلاة التي تؤدي في الجبانة لا تجوز (قوله وكذا على هذا عكسه) أي على القياس والاستحسان اذا صلى أهل الجبانة دون أهل المسجد وقيل هو جائز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل والمسلمون قد صلوا

بعد الصلاة فقد تم نسكه
وأصاب سنة المسلمين فانه
باطلا فانه يتناول ما قبل
نحر الامام وما بعده وقوله
(ولو ضحي بعد ما صلى أهل
المسجد) معناه أن يخرج
الامام بالناس الى الجبانة
ويستخلف من يصلي بالضعفة
في الجامع هكذا انفصله على
رضي الله عنه حين قلم
الكوفة وقوله (أجزأه
استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز
قياسا لان اعتبار جانب أهل
الجبانة يمنع الجواز واعتبار
جانب أهل المسجد يجوز
وفي العبادات يؤخذ
بالاحتياط ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله
(وقيل هو جائز) أي
العكس جائز قياسا واستحسانا
والفرق أن المسنون في
العيد هو الخروج الى
الجبانة وأهل الجبانة هم
الاصل وقد صلوا فيجوز
قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الحج) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها اللتان المتوسختان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع فجر الغدير من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويقوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة وقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشریق المحض لخروجها وانما (٤٣٢) جازت في الليل لأن الليالي تبع للأيام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله

(والنضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصديق بثن الأضحية) أمافي حق الموصر فلانها تقع واجبة في طاهر الرأية وأسنن في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضله الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمعاً بين التقرب ببارقة الدم والتصدق والاراقة فربة تقوت بغوات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القريتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير وتنبه به بالصلاة والطواف طاهر فان الطواف في حق الآفاق لغواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تقوت بخلاف الذي فان الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضع حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بان عين شاه فقال الله على أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيراً أو غنياً (أو كان) المضحي (فقيراً) وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصدق بها حية وإن كان

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشریق كلها أيام ذبيح ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد فاه سماه لأن الرأي لا يمتد إلى التقدير وفي الاخبار تعارض فاختارنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضاها أولها كما قالوا لأن فيه مساعرة إلى أداء القرية وهو الأصل الأصل الأرض ويجوز الذبح في لياليها لأنه يكره لاحتمال الغلط في طلبة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشریق ثلاثة والكل على معنى باربعة أولها نحر لا غير وأخرها تشریق لا غير والمتوسل من محرو تشریق والنضحية فيها أفضل من التصديق بثن الأضحية فلانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تقوت بغوات وقتها والصدق يوثق بهافي الأوقات كلها فترت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولولم يضع حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً أو قد اشترى الأضحية تصدق بها حية وإن كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر) لانها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية عندنا

مسألة أهل الجبالة أيضاً صلاة معتبرة ولا يجوز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز النضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لغائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بانها ما لسان أيام النحر لأن معناه ويومان بعده يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم نحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشریق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد والميومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقام تبصر ترشد (قوله) ولولم يضع حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الأضحية تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك

(قوله كما قالوا) أي عمر وعلى وابن عباس رضي الله عنهم (قوله وهو الأصل) أي الأصل المسارعة إلى أداء القرية بالامعاض كما في الاسغار بالغبير والابرا بالظهور ونحوه وهو قوله عليه الصلاة والسلام اسفروا وابدروا (قوله لاحتمال الغلط في طلبة الليل) أي في المذبح أو في الشاة في أنه أله أو غيره أو بذبح شاة فان فيها بعض الشرائط (قوله فنزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت أفضل في حق الآفاق من الصلاة) (قوله ان كان أوجب على نفسه) أي شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول أضحي بهذه أو يقول الله على ان أضحي بهذه أو يقول على ان أضحي بهذه أو يكون فقيراً اشترى شاة بنية الأضحية عليه ان يتصدق بها حية وان ذبح لا يجوز له تناول من الجمال يتصدق بالجمها وفضل ما بين قيمتهما مذبوحة وغير مذبوحة كذا في الاوضح (قوله وتجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية) وروى الزعفراني عن اصحابنا رحمه الله انه لا يجب

فاذا

من لم يضع (غنياً) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر لها واجبة على الغنى (غنياً) أولم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية الأضحية عندنا

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فإنه يصلح دليلاً مستقلاً من غير اعتبار نواته الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعتا الصوم ومما مراد للمصنف تصديق بقيمة الغنى الغير الموجب كما لا يخفى

فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخرجه عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها طهرا والصوم بعد العجز
قدية قال (ولا يضيى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تنشى إلى المتسك ولا الجففاء) لقوله عليه السلام
لا تجزئ في النجاسات أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضى البين مرضها والجففاء التي
لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن لقوله عليه السلام استشرفوا العين والأذن أى
اطلبوا سلامتهما أما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود وفصار كالأذن قال (ولا التي ذهب أكثر أذن وذنبها

انتهى أقول ليس ذلك بسديد لأن الحكم هنا هو التصديق بجاهية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا
بدون الإيجاب على نفسه فإن الحكم هناك هو التصديق بقيمة لا التصديق بجاهية كما أفصح عنه المصنف
بقوله وإن كان غنبا تصديق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخرجه عن
العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها طهرا والصوم بعد العجز قدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فإذا
فات وقت التقرب بالأزقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخرجه عن العهدة كالجمعة تقضى
بعد فواتها طهرا والصوم بعد العجز قدية والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس
خلاف جنس الأداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار
بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصديق بالقيمة لا بالجنس كإلا يخفى انتهى أقول ذلك ساقط إذا نزل
أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لأن الاعتبار بهما من حيث إن القضاء بغير المثل كنبه عليه صاحب العناية
بقوله والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس خلاف جنس الأداء ولا يذهب على ذي
فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الأداء أمانة له ولم والتصديق ليس من
جنس الأزقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم إن كون مراد المصنف بالتصديق قوله فإذا فات الوقت وجب عليه
التصديق هو التصديق بالقيمة لا بالجنس كإلا يخفى عليه ذلك لبعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا
إذا لم يجد أن يترك بيان وجه المسألة فيما إذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية
الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في إقادة حق المقام بلا ضرورة وجائز له من ذلك فالحق أن مراده بالتصديق
المذكور ما يتم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق بالعين أو القيمة
(قوله ولا يضيى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان
ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد إذا لا يذهب عليك أنه لم يذ كر فيما قبل ما يجوز به
الاضحية وإنما يذ كر فيما بعده بقوله ويجوز أن يضيى بالجماء والخصى والثولاء إلى آخره والذي ذكره فيما قبل
إنما هو وصفة الاضحية من الوجوب أو السنة وشرائطها من الحرىة والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه
الاضحية وعددها من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية وعدداً بآها وما يتعلق بكل
واحد من هاتيك الأمور من الفروع والأحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال في
شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به

وهو قول الشافعي رحمه الله لأن القربانما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحدنا نقول الشراء من
الفقير، قر ونا بنية الاضحية بمنزلة النذر ودفع النبي صلى الله عليه وسلم إلى حكيم بن حزام أولى غيره دينارا
ليشترى به الاضحية فاشترى شاتين وباعهما بدينارين ثم اشترى بدينارين شاة فجاء بالشاة والدينارين فامر النبي
عليه الصلاة والسلام أن يضيى الشاة. ويتصدق بالدينارين وفيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى أن
الاضحية لزمته بمجرد النية مقر ونا بالشراء اذ تصديق بالدينارين (قوله كالجمعة تقضى بعد فواتها طهرا) والجامع
بينهما أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس غير جنس الأداء (قوله البين عرجها) هي أن لا يمكنها المشى
بوجهها العرجاء وإنما تنشى ثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الأربعة على الأرض وضعا خفيفا يجوز ذكره خوفا
زاد رحمه الله (قوله التي لا تنقى) أى ليس لها نقي وهو الخ من شد الجف

فإذا فات وقت التقرب
بالأزقة) والحق مستحق
(وجب التصديق) بالعين
أو القيمة (أخرجه عن
العهدة كالجمعة تقضى بعد
فواتها طهرا والصوم بعد
العجز قدية) والجامع بينهما
من حيث إن قضاء ما وجب
عليه في الأداء بجنس خلاف
جنس الأداء قال (ولا يضيى
بالعمياء والعوراء) هذا
بيان ما لا يجوز التضحية به
ولا يصل فيه أن العيب
الفاش مانع والبسير
غير مانع لأن الحيوان لما
ينجو عن بسير العيب
والبسير ما لا أثر له في لجها
وللعور أثر في ذلك لأنه
لا يصير بعين واحدة من
العلف ما يصير بعينين
وفل العلف تورث الهزال

والحديث المذكور دال على ذلك (١٣٤) والعرجاء البين عرجها هي ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تسمى بثلاث قوائم

حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتسعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي أي من شدة العجف وبقيته كلامه واضح قوله (وقيل معناه قولي قسري بيم من قولك) أي تسولي الاول وهو أن الاكثر من الثالث مانع لا مادونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزاء بالنسبة إلى قول من يقول أن الرابع أو الثالث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لأن القرن لا يتعاق به مقصود) ألا ترى أن التخصيص بالابل جائزة ولا قرن له والكباش الأملى ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سوداء والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروى من غير اخراج الحصيتين وقوله (فتعين) يعني هذه الشاة المشترية للاختصة

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك إلى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنفون قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع

بالعين له بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذي يعمله حكم الكل هو أن اكثره لا يهتم التقريب

وان بقي أكثر الاذن والذنب جاز) لأن لا أكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولأن العيب اليسير لا يمكن القصر عنه فجعل عتوا واختلفا إلى رواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر في الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالبسة الثلث أو أقل أجزاء وان كان أكثر لم يجزه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربيع لأنه يحكى حكاية السكال على ما مر في الصلاة وروى الثالث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف أجزاء اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرني بقولي بأحنيقة فقال قولي هو قولك قيل هو زوج وعنه أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضوي عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشدد العين العيبة بعد أن لا تعطف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأتهم موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشدد عنها الصبيحة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأتهم مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذهب الثلث وان كان نصفها فالنصف قال (ويجوز أن يفهم بالجاء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لحمه أليط وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم خفي بكباشين ألمحين موجوأن (والشلاء) وهي الجنونة وقبل هذا إذا كانت تعطف لأنه لا يحل بانه قصودا ما إذا كانت لا تعطف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سميكة تجاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهناء وهي التي لأسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزاء لم يحصل المقصود والسكاه وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لأن مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة بوقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعينت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاختصة فتعينت ولا يجب عليه ضمان (قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل لأن عبارتها أكثر اذ لم يذهبها بصيغة التفضيل والاضافة إلى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منها أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربيع ورواية الثلث فظاهر إذا شئت أن الربيع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فسلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصراً أكثر السكال وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبار الزيادة على

(قوله بقاء وذهابا) أي بقاء الاكثر كبقاء السكال وذهاب الاكثر كذهاب السكال والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لأن الحيوان قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه ولأنه عليه الصلاة والسلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون بينا (قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الاكثر روى عنه اربع روايات فيه) والسكال مذكور في الهداية (قوله قيل هو زوج وعنه أبي يوسف رحمه الله) وكان يقول أولا الثلث قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم جاع وقال الكثير النصف وما زاد على النصف كجهو قوله وقيل معناه قولي قريب من قولك لأن أبا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف وأما حنيفة رحمه الله اعتبر الاكثر من الثلث والثلث أقرب إلى النصف من غيره (قوله ألمحين موجوأن) كبش أملى فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سوداء وهي من لون الملح والوجاء على فعال نوع من الخصاء وهو أن يضرب العروى بحديدة ويطن فيها من غير اخراج الحصيتين يقال كبش موجو اذا فعل به ذلك (قوله ان كان هذا) يعني

وقوله (كفى نصاب الزكاة) فإنه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فسقط بقدره ولا يضمن رب المال لان النقض ان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الأصل) يعني كرون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه (١٣٥) بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره

من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا يصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان مفسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله تجب وروي الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله (فأنكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص واردة العام فإنه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطرار حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان نأدى الواجب بالانضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كولو كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن القور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سبيبا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد القور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من

نقصانه كفى نصاب الزكاة عن هذا الأصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتخصية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرق فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احدها وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضحجهما فاضطررت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لفر والشافعي رحمه الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فساكنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعينت في هذه الحالة فانقلبت ثم أخذت من فوروه وكذا بعد فوروه عند محمد خلافا لأبي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التخصية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله الشيء فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثياب الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو دخلت بالثنيان يشبهه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ماتت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن العزبان سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الخامس لانه من جنسه والمولود دين الا هلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على الشاة يغضي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية وان اختلفت جهاتهما كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد

الثالث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسألة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسألة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثالث وفيما زاد لا تنفذ الارضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثالث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثالث والثالث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والايعدو الجذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فينبذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب فان شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة

أن لا يكون هذا وان وقع نادر الا يجوز (قوله كفى نصاب الزكاة) يعني اذا انتقص النصاب بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بملاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا في النقض ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان (قوله خلافا لأبي يوسف رحمه الله) هو يقول انه لو أخذ من فوروه يكون ذلك الفعل سبيبا من أسباب هذا الذبح باعتبار القور فيلحق به أما اذا انقطع القور فالفعل الذي حصل به العيب لا يكون سبيبا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد القور فصار بمنزلة ما لو حصل بفعل آخر (قوله والجذع من الضان ماتت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء) قيد بمذهب الفقهاء احترازا عن قول أهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل النحر الا أنه من الابل في السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع جذعان وجذاع عن الزهري الجذع من المعز لسنة أشهر ومن الضان لثمانية أشهر (قوله لانها هي الاصل في التبعية) ذكر في الايضاح لان

الشيء ماتت له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها وهذا يتبناها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفعل هو الماء وانه غير محل له هذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر به قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية (قوله من باب ذكر الخاص واردة العام فإنه اذا) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيون المانعة بطريق القياس

والقران والمثقة فلنا عند
على ذلك نزل ولم يجوز عند
اختلافها لكننا نقول اذا
كانت الجهات قربا بالتحديد
معناها من حيث كونها
قربة فجاز الالتحاق بخلاف
ما اذا كان بعضها غير قربة
فانه ليس في معناه واذا بطل
في ذلك بطل في الباقي لعدم
التجزى وقوله (لمساينا انه
قربة) يشير الى وجه
استحسان وفي القياس
لا يجوز لان الارقاة لا تجزى
وبعض الارقاة توقع نقلا
اولها فصارا لكل كذلك

ولم يعكس لان الواجب قد
ينقلب تطوعا بخلاف
العكس والارقاة قد نصير
للحم مع نيته القربة اذا لم
تصادف محلها وكانت في
غير وقت الاضحية والارقاة
للحم لا تصير قربا بحال قال
(وباكل من لحم الاضحية الخ)
الاضحية اما ان تكون
منذورة اولافان كان الثاني
فالحكم ما ذكر في الكتاب
وان كان الاول فليس

لصاحبها ان ياكل من لحمها ولا
ان يعطى الاغنياء لان سبيلها
التصدق وليس للمصدق
ان ياكل من صدقته ولو
اكل فليس فيه قيمة ما كل
وقوله (لما رزينا) يعني قوله
عليه الصلوة والسلام فكلوا
منها وادخروا والقانع هو
السائل من القنوع لامن
القناعة والمعترو هو الذي
يعرض للسؤال ولا يسأل

هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام غشى عن أمته على
مار وينام قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصر اني ليس من أهلها وكذا قصد الله بنا فيها واذا لم يقع
البعض قربا والارقاة لا تجزى في حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالالتلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت
لكننا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتناق لان فيه الزام الولا على الميت (فلو ذبحوها عن
صغير في الورثة أم وأم ولد جاز) لما بينا انه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغير اذن الورثة لا تجزى بهم)
لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (وباكل من لحم الاضحية ويطعم
الاغنياء والفقره ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضحية فكلوا منها وادخروا
وهي جازا كما وهو غنى جاز ان يؤكله غنيا قال (ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثالث) لان الجهات
ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعمه والقانع والمعترو فانقسم عليها ثلاثا قال (ويتصدق
بجلدها) لانه جزء منها أو يعمل منه آله تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع
به غير محرم (ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استعملنا ذلك مثل ما ذكرنا لان البديل
حكم لبديل

عن معنى التفصيل ان تكون عاريا عن اللام والاضافة ومن كما تقر في موضع وفي عبارة مسئلة الكتاب
وقعت مضافة فلا يصح تجزئها عن معنى التفصيل على قاعدة العربية ولئن أقمنا عن ذلك لا يصح تعليل
المصنف تلك المسئلة بقوله لان لا كتحكم الكل بقاؤها بها على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق
اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاؤها بها لزم ان يعتبر الاذن والذنب باقيا وذهابا في حالة واحدة فيما اذا
كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذ ذهب بهما أو نكثهما أو أكثر من ذلكهما
في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين نامل تنق (قوله) ويستحب ان لا
ينقص الصدقة عن الثالث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى وأطعمه
القانع والمعترو فانقسم عليها ثلاثا (أقول لقاتل ان يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما
تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعمه القانع والمعترو وجوب الاطعام والمديعي استحبابه فليتلأمل
في الجواب (قوله) ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان
لبديل حكم البديل) أقول لقاتل ان يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد
أضحيته فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقة بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص
غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتلأمل في الدفع

جانبا مرجع على جانب الفعل لانه يخاف فيها قوله وقالت الورثة أي الكبار منهم (قوله) ولو ذبحوها عن
صغير من الورثة أم وأم ولد جاز) أي على الاستحسان اذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاهما أو صغير
ضحى عنه أو جاز لما بينا انه قربة بما لا يجوز عن الغير والاختلاف انه ليس على المالك ان يضحي عن أحد
من محال كنه فاذا تبرع بذلك جاز واذا جعل شركا في بدنة فقيسه قياس واستحسان (قوله) وباكل من لحم
الاضحية وفي الذخيرة اذا نذر ذبح شاة لا ياكل منها الناذر ولو اكل فليس فيه قيمة ما كل القانع السائل من
القنوع لامن القناعة والمعترو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل (قوله) وذلك مثل ما ذكرنا) يعني كالنطع
والجراب والغربال والقنعة لانه لو دبحه وانتفع به في بيته يجوز فكذلك اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان
لبديل حكم البديل (قوله) كالخل والابازر) جمع الابازر وهو خلط القدر كالارز والحصى وغيرهما (قوله)
واللحم بمنزلة الجلد في الصبح) وفي الاجناس لو اراد بيع لحم الاضحية ليتصدق به بها ليس له ذلك وليس له
في اللحم الا ان يعطى أو ياكل فصار حاصل الجواب في الجلد انه لو باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز ولو باعه بشئ

ولا يشتري به الا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والاباز (ر) اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول والهم بمنزلة الخلد في الصحيح فلو باع الخلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بمنزلة القرية انتقلت الى يده وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيت له يذكروا أنه لا ينتفع به الا بعد استهلاكه أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الأضحية) لقوله عليه السلام اعلى رضى الله عنه تصدق بجلاله وخطاهما ولا تعطى أجر الجزار مناسيا والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع قال (ويكره أن يجزى صوف أضحيت و ينتفع به قبل أن يذبحها) لأنه التزم إقامة القرية بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القرية بها كفى للمدعى ويكره أن يجلب لبنها ينتفع به كفى للصوف قال (والأفضل أن يذبح أضحيت يدها أن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمه رضى الله عنها قومي فأشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمه كل ذب قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لأنه عمل هو قرية وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقرية أقيمت بانته وتبته بخلاف ما إذا أمر المجوسى لأنه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحيتا لا تسخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحيت بغيره بغير إفته لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجوزنه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تبعت

(قوله ولا يشتري به الا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والاباز (ر) اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا دلالة اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فإن الدرهم مما لا يذفع بعينه أصلا أى لا مع بقائه ولا بعد استهلاكه وإنه هو وسيلة خاصة فاقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخلد والاباز برقانه مما ينتفع به وإن كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذلك يبدله وأما ثانيا فلا دلالة عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع به منه مع بقاءه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد جاز له الانتفاع بالبديل لأن البديل له حكم البذل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا إلا أن آثار كذا القياس بقوله عليه السلام اعلى رضى الله عنه ولا تعطى أجر الجزار منها فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير باع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره اهـ وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخلد والاباز برقانه على عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم وقد تعرف في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس فلا يظهر أن يترك القياس على

لا ينتفع به الا بعد استهلاكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز أو لا سواء باعه بشئ ينتفع به بعينه أو باعه بشئ لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن الجواب في اللحم كالجواب في الجلدان باعه بشئ ينتفع به بعينه يجوز وتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله أنه لو اشترى بالدرهم ثوبا فلا يمس بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية (قوله لان القرية انتقلت الى يده) لان معنى التمول سقوط عن الأضحية فإذا تمولها بالبيع وجب التصديق كذا في الإيضاح فان قيل ينبغي أن لا يجوز بيعه لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد الأضحية فلا أضحيت قلنا هذا يذكروا أنه البيع اما البيع بخلافه جاز والملاك والقدرة على التسليم (قوله لأنه في معنى البيع) لان كل واحد منهما معاوضة لأنه اعطى الجزار بمقابلته جزره والبيع مكره فكذلك ما هو في معناه (قوله ويكره أن يجلب لبنها ينتفع به كفى للصوف) أى يكره أن ينتفع بصوفها وهذا لان اللبن يتولد من عينها وقد جعله للقرية فلا يصرف شيئا منها الى منفعة تنفسه قبل أن يبلغ

وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهمل (والاباز بر) التوابع جمع أبار بالفتح وقوله (في الصحيح) احترازا عما قبل أنه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجزاران باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله أنه لو اشترى بالدرهم ثوبا فلا يمس بلبسه وقوله (لان القرية انتقلت الى يده) لان تلك البديلان حيث التمول ساقط فلم يبق الاجرة القرية وسبيلها التصديق وقوله (لأنه في معنى البيع) لان كل واحد قد معاوضته قوله (من دمه كل ذب) تمام الحديث أماته يحيا بدمها ولها موضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضى الله عنه هذا آل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين

الذبح لغيرها لأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غير هاتين المالك
مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناه دلالة لأنها تقوت بعضى هذه الأيام وعساه يجهز عن إقامتها بهوارض
فصار كما إذا ذبح شاة شدا العصاب وجالها فان قيل يغوته أمره مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا
يرضى به قلنا يحصل له به مستحبات آخران صيرورته معضيا لما عينه وكونه محجلا به فريضته ولعلنا نثار جهنم
أنه من هذا الجنس مسائل استحسننا وهي أن من طبخ لحم غيره أو طعم حنطته أو رفع حرجه فأنكسرت أو
جل على دابته فعميت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على
الساكنين والخطب تحنه أو جعل الحنطة في الدور ووربط الدابة عليه أو رفع الجرة أو مالها إلى نفسه أو جل على
دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه وخطبه أو ساق الدابة فطعمها أو أعانه على رفع الجرة فأنكسرت فيها
بينهما أو جل على دابته ما سقط فعميت لا يكون ضامنا في هذه الضرر كلها استحسننا لوجود الأذن دلالة إذا ثبت
هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير إذنه صريح في مخالفة زفر بعينها
ويتأني فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فإخذ كل واحد منهما ما سأل من صاحبه ولا يضمن لانه وكيله
فهي لافل دلالة فإذا كانا قد اكلا ثم علما فجعل كل واحد منهما صاحبه ويجوز أن يملكه في الابتداء يجوز
وأن كان غنيا فكذلك أن يحاله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق
بتلك القيمة لأن ما يدل عن اللحم فصار كولو باع أضحيته وهذا إن التضمين لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له
ومن أنلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته)

البيع بالدرهم في تعليل هذه المسألة ونقل في تعليلها لانه لا يسلخ أن يكون بدلا عن عين الجلد فقام مقامه
لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاء كماله
وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع
البيت كالجراب والمخمل لأن البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان البديل قائما
معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم أو الدنانير لأن ذلك لا يمكن الانتفاع
بما مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى اه (قوله فصار كولو باع أضحيته) قال جماعة
من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غير هاتين المالك نقص من
الاولى تصدق بمفضل على الثانية ولو لم يشتري حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله اه أقول قد تكلموا في
بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوا صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها
واعتبروا بالتصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كماله وادوا في الصورة الثانية بضمي أيام النحر وليس في
كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كالأجني مع أن الأمر في هذا
الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف أي كولو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر
في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدرهم أو بما لا يتق به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن
أنلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أنلف لحم أضحية غيره متصل بقوله

محلهما ولكنه ينفع ضرعهما بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتأذى به إلا أن هذا إنما ينفع إذا كان بقرب
من أيام النحر وأما إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانيا والثالث بعدما ينتقص ولكن ينبغي أن يحلها
ويصدق بالعين كالهدي إذا عصب قبل أن يباع محله فان عليه أن يذبحه ويصعد بلحمه كذا في المبسوط
وذكري في الإيضاح ومن أمثالنا وجههم الله من يقول بان كراهة حلب لبن الأضحية قوجز صوفها في الشاة
أولى الناقة التي أو جهها وليس بواجبة كالعسر إذا اشترى أضحية فاما الموسر إذا عين الأضحية فلا بأس
بالحلب والجزلان الوجوب لم يتعين فيها وإنما هو واجب في ذمتهم يسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت
هذه وغيرها سواء (قوله حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر) هذا في نذر الغنى وشراء الفقير
(قوله ويكره أن يبدل بها غيرها) أي إذا كان غنيا (قوله آذنه دلالة) الأذن دلالة كالأذن صريحاً كما

عامته وقوله (حتى وجب
عليه أن يضحى بها بعينها في
أيام النحر) أي فيما إذا
كان الضحية فقيرا (ويكره
أن يبدل بها غيرها) أي
فيم إذا كان غنيا قال
صاحب النهاية هكذا وجدت
بخط شخصي رحمه الله وقوله
(فصار كولو باع أضحيته)
يعني أنه لو باع أضحيته
واشترى بقيتها غيرها فلو
كان غيرها أنقص من
الاولى تصدق بمفضل على
الثانية ولو لم يشتري حتى
مضت أيام النحر تصدق بثمنها
كله وقوله (ومن أنلف لحم
أضحية غيره) متصل بقوله
وإن تشاحا يعني أن تشاحا
عن التعديل كان كل واحد
منهما متافعا لحمة أضحية
صاحبه ومن أنلف لحم
أضحية صاحبه كان الحكم
فيه ما ذكرناه وهو قوله
لكل واحد منهما أن
يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لأنه ملكها سابق الغضب) يعني فكانت التضيعة تواردة على ملكه وهذا يكفي في التضيعة لا يقال الاستناد بظهور في القسام والتضيعة بالاراقة والاراقة قد قامت لانها عبارة عن فعل المضى لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة بل صفة أن يقال يظهر الاستناد فيها أولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبح حصة ويستند الى وقت الغضب فتكون (٤٣٩) الاراقة والتضيعة واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الكراهية) *

أورد الكراهية بعد الاضحية

لان عامتها مسائل كل واحدة

لم تخل من أصل أو فرع ترد

فيه الكراهية

(قوله لانا نقول الاراقة

ليست من المملوك) أقول

يعني ليست من المملوك لاحد

(قال المصنف بخلاف مالو

أودع شاة فضعى بها لانه

يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك

له الا بعد الذبح) أقول قال

صدر الشريعة في شرح

الوقاية أقول بل يصير غاصبا

بمقدمات الذبح كالاخضاع

وشد الرجل فيكون غاصبا

قبل الذبح اه وأجاب عنه

صاحب الدرر بان حقيقة

الغضب كما تقر في موضعه

أزالة البدل المحقة واثبات

البدل المبطل وغاية ما وجد

في الاخضاع وشد الرجل

اثبات البدل المبطل ولا يحصل

به ازالة البدل المحقة وانما

يحصل ذلك بالذبح كاذه

اليه الجمهور اه وان

شئت فراجع في كتاب

الغضب ونحن نقول الاولى

في الجواب أن يقال قد سبق

أن مقدمات الذبح في حكم

الذبح فلا يعطى له حكم آخر

فليتأمل وأجاب الفاضل

لانه ملكها سابق الغضب بخلاف مالو أودع شاة فضعى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية) *

وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متعلقا لحكم أضحية صاحبه ومن ألتف لحكم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فله كل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه اه أقول ليس هذا التوجيه بوجبه فان قول المصنف فان تشاحا فكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا ضمن اليه نال مغاير لنا في المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصارت تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متعلقا لحكم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يتخفى ما فيه والحق عندى أن قول المصنف ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضيعة لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فحاقبه بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه يعني الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي ألتفه بالاكل لصاحبه لان نفسه ومن ألتف لحكم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمن صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضيعة لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية) *

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامتها مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية ألا يرى أن التضيعة في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية بجزء منها وحلب لبنها وابدال غيرها ما كانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروع ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظم الشاه والمبسوط والمحيط والخيرة والمغني وغيرهما وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام فاضل خان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتمنه والايضاح والسكل وجهة هو مولها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبله ولفظ الاستحسان أحسن فلقبه به أولان أكثر مسائله استحسن لان الجبال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكثر للامام الزليقي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشئ كرها وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم فالكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة في شرب ماء السقاية وذبح شاة شدا انصابا وجها للذبح لان الشاة تعين للذبح لشدة الرجل فيكون واضع بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هذا والله أعلم

(كتاب الكراهية) *

الحشى يعقوب باشا عن اشكال صدور الشريعة أيضا بان يقال ان الغضب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاخضاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغضب الا بالذبح بخلاف الغضب ابتداء فان الغضب هنا يتعين قبل الذبح كذا قبل ولا يتخفى ما فيه فليتأمل اه كلام يعقوب باشا

قال ضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نصاباً كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً فاطعاً لم يعلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها * (فصل في الأكل والشرب قال أبو حنيفة فخره الله بذكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الأبل)

والكرهية ليست بضد لإرادة عندنا فإن الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براعزهم ما ولا يحب لهما وإن كان الكفر والمعاصي بأرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشرع فباعتقاده من كور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً فاطعاً لم يعلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهية تحريم وأما كراهية المكروه كراهية تنزيهه قال الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكرنا في الكتب وبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذي لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعفها من الاختلال كراهية الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد حرم الله لا بأس بأبوال الأبل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهية لحم سائر الجوارح يستقيم عطف الألبان عليه إذا لم يكن لا يكون الأمن الاتن اه يعنون أنه لو قال يكره لحوم الجوارح وألبانها لم يجمع الصريح في ألبانها إلى الجوارح المذكور فبما قبل وذلك مع الذكور والآن فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الصريح الرجوع إلى إطلاق الجوارح على ما قبله لأن الألبان لا تنصرف في ذكور الجوارح وإنما تتحقق في أنثاهن التي هي الاتن نعم يمكن تعميم ذلك أيضاً بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذه بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وإنما خص كراهية لحم الاتن بالذكور ولم يذكر كراهية لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبايح لأنه لما عتق الفصل بأنه في الأكل والشرب وقد ذكر في الذبايح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعض ما تذكير البواقي اه أقول ليس هذا مما يستدبه لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الأكل والشرب لا يعيد فيه أصلاً فإن ما يتعلق بالأكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل التي المذكورة في هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضاً فيصع عنوان الفصل بالأكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلاً أو ذكر معها غيرها أيضاً مما سبق في الذبايح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبايح تذكير البواقي فغير تام أيضاً لأن ذكر ما ذكر مرهوبين مستوفى تذكير البواقي المذكورات ليس من ذاب المصنفين ولا مما يهملهم أصلاً ثم أقول الأوجه أن يقال إنما خص الاتن بالذكور مع كراهية لحوم غيرها أيضاً لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبايح مستوفى وذكر كراهية لحوم الاتن إنما ذكرته هنا توطئة لذكر كراهية ألبانها التي لم تذكر فيما مر قطعاً ولا مدخل لكرهية لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا حرج خص الاتن بالذكور دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الأبل فأنما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار اه كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لأن المصنف أيضاً ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً وإنما يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا وأما كون ما أخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع

الآبري أن في وقت الاضحية من ليالى أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجوز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف يحقت الكراهية وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك

* (فصل) في الأكل والشرب (قوله الآبري أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لافي الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك) أقول فيه بحث الآن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

هي ضد الرضا والإرادة لغة وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف حرم الله الله إلى الحرام أقرب) وذكر محمد حرم الله في المبسوط أن أباب يوسف قال لا يبيح حنيفة حرم الله إذا قلت في شيء أكرهه فإرأيت فيه قال التحريم (قوله يكره لحوم الاتن وألبانها) خص الاتن مع شمول الكراهية

ونأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوى وقد بينا هذه الجلة فيما تقدم في الصلاة والذباغ فلا تعبدوها والابن متولد من اللحم فاحذر حكمه قال (ولا يجوز الأكل والشرب والادعان والتطليب في آنية الذهب والفضة لارجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في آنية الذهب والفضة أنما يجرجر في بطنه نار جهنم وآتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في آنية فضة ولم يقبله وقال نهبا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الصغير فلا يجدي شيئا في دفع السكر إلا أن المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فإذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا بحيلة (قوله ونأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لأن مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل كل لحم نجس لما مر في كتاب الطهارة فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بالبول الأبل حل شربه عند أبي يوسف أيضا قال المصنف قول أبي يوسف المذكور ههنا يعني بالباس عن شربه للتداوى وشربه للمصنف ليس بجرام عنده وان كانت نجاسة كبقصة العربيين كما مر بيانه في كتاب الطهارة قال صاحب غاية البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فتصرف الى لحم الغرس خاصة لأن بول الأبل نجس عند أبي يوسف أيضا لأنه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارة في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لأن لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الأبل وكل لحوم الغرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الغرس خاصة بل يقتضي شموله لأبوال الأبل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجلة فيما تقدم في الصلاة والذباغ فلا تعبدوها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجلة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الأبل من هذه الجلة ولم تبين في شيء من كتاب الصلاة والذباغ وانما بينت في كتاب الطهارة في فصل البئر ضمن بيان بول ما يؤكل كل لحم مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرّت هذه الجلة في كتاب الطهارة وادباغ ويمكن أن يتعمّل في توجيه كل من هاتين المورتين أمان في توجيه الصورة الاولى منهما فيحمل المراد بهذه الجلة في قوله قد بينا هذه الجلة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا تعبدوها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاحذر حكمه وأمان في توجيه الصورة الثانية منهما فيان الطهارة ما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارة بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر إشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى فاضل خان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الإشارة الى تنقيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارة بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعقل أن يقصد الإشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا فاطبة في أول الكتاب وجهها وجهها لا يراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة بمنوع وعن هذا ترى أكثر نقات السلف والخلف ذكر مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الأبل حرام عند أبي حنيفة وجه الله مطلقا وحلال عند محمد وجه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن طهارته

لحم سائر الجمل ليستقيم عطف الألبان عليه (قوله يجرجر في بطنه نار جهنم) في المغرب هذا صغفوطان من الثقات نصب الرأى ومعناه يرددها من جرجر الفعل إذا تردد صوته في خبرته وتفسير الأزهري يجرجر يرى يحذر يعني يرسل وكذا نقله صاحب القرنين وأمانا في الفردوس من رفع النار وتفسير مجرى بصوت فليس بذلك

قوله (والابن متولد من اللحم فاحذر حكمه) يرد عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل البنية حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن ابن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فاحذر حكمه فيما يختلف ماه والماء لوب من كل واحد منهما ما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آله الجهاد ولا يوجد ذلك في السبع فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قبل معناه يرد من جرجر المحصل إذا تردد صوته في خبرته ونار منه صوب على ماهو المحفوظ من الثقات (قوله يرد عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو) أن يقال بعد قوله فاحذر حكمه فيما يختلف ماهو المألوف) أقول فيه بحث والاولى أن يقال إذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبيهه بزي المشركين وتنعم بنعم المترفين
والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراعاة التعريم ويستوى فيه الرجال والنساء اعموم النهي وكذلك
الاكل يلعقة الذهب والفضة والاكتحال يميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمسحلة والمرآة وغيرهما
لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعي يكره لانه في
معنى الذهب والفضة في التغاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم المتغاخر بغير الذهب والفضة قال
(ويجوز الشرب في الاناء المفضى عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضى والجلوس على الكرسي
المفضى والسري المفضى اذا كان يتيق موضع الفضة) ومعناه يتيق موضع الغم وقيل هذا وموضع اليد في
الاخذ وفي السري والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد بن روى مع أبي حنيفة
و يروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الا ان المصنف بالذهب والفضة والكرسي المصنوب هم ما وكذا اذا جعل
ذلك في السيف والمشهد والمرآة أو جعل المصنف مذهباً ومفضاً وكذا الاختلاف في اللجام والركاب
والثغرة اذا كان مفضاً وكذا الثوب فيه كجبة يذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فالما التمر به
الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لم تلزم عنده الامن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم كما سبق فبناه حله على طهارته
دون ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جداً لانه انما يكون علة لعلها رتبة في العقل بان يصير
دليلاً عليها وأما طهارته فانما تكون علة لحله في الخارج فاختلغت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان
الحى علة للعقولة في الذهن والعقولة علة للعقلى في الخارج فلا استدلال بالحى على العقولة برهان انى وبعبارة
برهان لى ولا دوراً أصلاً وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني
علة للاول في العقل أى دليلاً عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله واذا
ثبت هذا في الشرب فكذلك في الادهان ونحوه لانه في معناه) أى لان الادهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه
في معنى الشرب منها لان كل من ذلك استعمال لها والمحرّم هو الاستعمال باى وجه كان له فيه من التعبير
والاسراف فيشمل الادهان والتطيب أيضاً وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أو اذا أدخل يده فيها أو أخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كذا
ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه يخالف لما ذكره
المصنف في المسحلة فان السكحل لا بد وأن يغسل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى
أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في أواني الذهب والفضة وانها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب أو الفضة عند اداة الادهان منها انما يقتضى في العرف والعادة ياخذ آنية ما صوب الدهن منها على
البدن لا بدخال اليد فيها أو أخذ الدهن ثم صبه على البدن وأما استعمال مسحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور
عادة بادخال المبل فيها ثم الاكتحال به فانهصال السكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا
واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقتضى أن لا يكره اذا
أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة يلعقه ثم أكل منها وكذا اذا أخذ بيده وأكل منها وأجاب عنه صاحب

(قوله وكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه) قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب أو الفضة
ويصب به الدهن على الرأس أو اذا أدخل يده فيها أو أخذ الدهن ثم صبه على الرأس لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في شرح الجامع الصغير (قوله وفي السري والسرج موضع الجلوس) أى يتيق موضع الجلوس
يقال باب مضيب أى مشدود بالضباب وهى الحديد العريضة التى يضرب بها ومنه مضب أسنانه بالفضة اذا
شددها بها كذا في المغرب وفي الذخيرة الضبة الذهب العريضة أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب
وما أشبه ذلك المراد بحلقه المرآة التى تكون حوالى المرآة لا ما ياخذ منه المرآة بيدها فان ذلك مكروه بالاتفاق

وقوله (لانه في معناه) أى
لان الادهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منه لان كلاهما استعمال
لها والمحرّم هو الاستعمال
قبل صورة الادهان المحرم
هو ان ياخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أو اذا أدخل
يده فيها أو أخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من البدن
لا يكره قال صاحب النهاية
هكذا ذكره صاحب الذخيرة

في الجامع الصغير وأرى
أنه يخالف لما ذكره
المصنف في المسحلة فان
السكحل لا بد وأن يغسل
عنها حين الاكتحال ومع
ذلك فقد ذكره في المحرمات
المضيب المشدود بالضباب
جميع ضببة وهى حديدة
عريضة والمشهد المسنن
والثغر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله
قبل صورة الادهان المحرم
الى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الاكل والشرب أيضاً
(قوله وأرى أنه يخالف لما
ذكره المصنف في المسحلة الى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن السكحل ياخذ
المسحلة بدهن موضع فيها
الميل بخلاف الآنية اذا
لا يحتاج فيه الى الاخذ باليد

لهم أن مستعمل جزء من الأناة مستعمل جميع الأجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا ي
حين يقرحه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتواضع فلا يكره كلبية المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار
الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجيرا له بجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريت من يهودي أو نصراني
أو مسلم وسعه أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح صدوره عن عقل ودين يعتقد فيه
حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

البرور والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك
الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الأول فلان من في قولهم
من أناه ذهب ابتدائية وأما الثاني فلان مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها إذا
استعملت فيما صنعت به بحسب متعارف الناس فان الأول في الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل
أكل الطعام انما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام منها باليد أو المعلقة لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل
منها باليد أو المعلقة في العرف وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فكل من لم يحرم لانتفاء ابتداء
الاستعمال منها وكذا الأول في الصغيرة المصنوعة لأجل الأدهان ونحوه انما يحرم استعمالها إذا أخذت
وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لأنها انما صنعت لأجل الأدهان منها بذلك الوجه وأما إذا
أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن
مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم إلى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل
اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه إياه بقوله أما الأول فلان من في قولهم من
أناه ذهب ابتدائية أمر زائد بل تختل أما الأول فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب
والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والتهذيب وعامة المعبران
وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتن وأما ثانيا فلانه ولا تأثير للابتداء في تشسية
الجواب الذي ذكره ههنا إذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء
أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والدوق السليم ثم أن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور
وطعن في بعض عبارته قال والحق أن الفرق بين صور الأدهان ليس بما ذكره المحجب بل بوجود ماسة اليد
بالأناة وقت الاستعمال في صورتين وعدمها في الثالث فان للماسة تأثير في الحرمة كما يحجب ممن وجوب
الانتهاء عن موضع الفضة في الأناة المفضض أو المصنوع وقت الشرب فتأمل انتهى أقول برده على هذا الفرق
الذي زعمه حقا النقض الذي أورده صاحب التمهيد فإنه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة لم يعلقه ثم
أكل منها أو أخذ يده وأكله منها لم يوجد هناك ماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالحاصل الكلي
هنا انما يحصل بالمصير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الأناة المفضض أو المصنوع
فيمعزل عما نحن فيه فانه ليس بمخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في
حرمة الشرب منه ماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكن من الجانبين
أصل يأتي بيانه (قوله لهم أن مستعمل جزء من الأناة مستعمل جميع الأجزاء فيكره) جمعها في التعليل
جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفرادا يابوسف في بيان الحكم فيما قبل
وأما صاحب السكاي فأنفرد ههنا أيضا حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض

ولابي حنيفة رحمه الله أن ذلك
تابع ولا معتبر بالتواضع
حكى أن هذه المسئلة وقعت
في دار أبي جعفر الدواني
بمحضره أبي حنيفة وأئمة
عصره وجههم الله فقالت
الأئمة يكره فقيل لأبي حنيفة
ما تقول فقال ان وضع فيه
على الفضة يكره والا فلا فقيل
له ما الحجة فيه فقال أرايت
لو كان في أصبعه خاتم فضة
فشرب من كفه أكره فوقف
كلهم وتجب أبو جعفر قال
ومن أرسل أجيرا له بجوسيا
الخ) كلامه واضح

(قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع فلا معتبر بالتواضع) وحكى ان هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر
الدواني بمحضره أبي حنيفة رحمه الله وأئمة عصره فقالت الأئمة يكره فقيل لأبي حنيفة رحمه الله ما تقول قال ان
وضع فيه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فقال أرايت لو كان في الأصبع خاتم فضة فشرب من كفه أكره
فوقف كلهم وتجب أبو جعفر يقال ثوب مكشوف لما كفى جيبه وأطراف كفيه بشئ من الديباغ وقد صمغ
ان النبي عليه السلام لبس جببة أطرافها من الديباغ (قوله ومن أرسل أجيرا له بجوسيا أو خادما فاشترى

معناه اذا كان ذبيحة غير الكافي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية واذا نزل قول العبد والجارية والسبي) لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعات في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الخرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل

المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد انتهى عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المقضض والمضيب ممنوع وقال في الحاشية ردالمافي الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بنام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المقضض والمنصب عبادة بعصمها دالة كعمومه للادها من ونحوه وكعمومه لاد كل جماعة الذهب والفضة والا كتحال بيل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمسحاة والمرأة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور ولكل منها دالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني جتسمها العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمال اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت للتشبه بالا كسرة والجارية فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا ما هي بتخلقه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزلي في شرح الكتلابي يوسف ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانه يجزى بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت وثبت هذا كان حجة فاطمة على أبي حنيفة رحمه الله ولكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الاخبار عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية ردالماذكره الزلي في من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه تلك الزيادة في أخبارهم من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها وقد بين الامام الزلي طرق أخرجه ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاع على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكافي والمسلم) أقول كان الظهور أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشترى به من غير الكافي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فبما هو من جنس المعاء لا تسواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكافي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كُتب الذبايح وقد مر مستوفى وعبار المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشترى به من يهودى أو نصراني أو مسلم الا انه لم يعز لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركابه (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لا بحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله وكما كتبه جد الان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندى في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أى فيما يتضمن الحل وهو قوله

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لا بحالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفيس

لما قال اشترى به من يهودى أو نصراني أو مسلم وسعه أكله ولا يقال كان ينبغي ان لا يقبل قوله لانه اخبار بان هذا اللحم حلال والحل والحرمة من البيانات ولا يقبل في البيانات الا قول العدل والجورسي ليس يعدل لانا نقول انه اخبار بالشراء من يهودى أو نصراني أو مسلم وانه من المعاملات وانما يثبت الحل في ضمنه وكذلك لو قال اشترى به من غيرهم اثبت الحرمة فيه ضمنى فلما قبل قوله في الشراء يثبت ما فيه ضمنه لانه كم من شيء يثبت ضمنه ولا يثبت قصد الكوف المنقول ضمنه غير المنقول وكبيع الشرب وغيره (قوله في الهدايا والاذن) أى

بعثني مولاي البك هديتوسعه أن ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً ما زادنا يؤدي إلى الخرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً كافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعاً للخرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فإزان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق منهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا تنهيه المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه

اشترى يثمن يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن إثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به فاطمة أولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشترى يثمن غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن إثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضاً بنصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع إلى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول للمانع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعت عادة على أيديهم بلا مجال التكريم أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة إلى قوله فلولم يقبل قولهم يؤدي إلى الخرج وتبعه العيني أقول ولما منع أن يمنع أن عدم قول قولهم في اهداء مواليتهم أنفسهم يؤدي إلى الخرج لا يمكن اهداءهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً قادر لا يهدم مثله مؤدياً إلى الخرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فإن فيه حرجاً بيناً سيما في اهداء الامور الخسيسة (قوله ولا يقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) قال في التلويح قبل ذكر كفر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار الامين الغير العدل يقبل في مثل الكوفة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيس في كلب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فيقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدايا فيشترط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى أقول بشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سألني التمهيد في الكتاب وكذا بشكل ثالث على التوجيه الثالث على احدي الروايتين وهي رواية الاشترط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذ لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقر في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة ما ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ففي غير ظاهر الرواية أيضاً يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة فلم يدل ما ذكره على أحجية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أحجية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالة كالمعتبر شهادة في القضاء عند أبي يوسف ومحمد

في التجارة (قوله لما قلنا) اشارة إلى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء (قوله ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية) وهو الذي لم تعلم عد التلويح

الجار يتوقوله (لما قلنا)
راجع إلى قوله لان الهدايا
تبعت عادة على أيدي هؤلاء
وقوله (ولا يقبل فيها) أي
في العبادات (قول المستور)
وقوله (جرياً على مذهبه أنه
يجوز القضاء به) يعني اذالم
يطعن الخصم وظاهر الرواية
أصح لانه لا بد من اعتبار
أحد شرطى الشهادة
ليكون الخبر ملزماً وقد سقط
اعتبار العدد فبقى اعتبار
(قوله لان الهدايا تبعت
على أيدي هؤلاء عادة) أقول
يمكن أن يمنع اشتراك العادة

يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو الفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيها
أكبر الرأى قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولاً) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول
لرجحانه فن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى
لم يتوضأ به ويتم ولو كان الخبر فاسقاً ومستوراً تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيم ولا يتوضأ به وان
أراق الماء ثم يتيم كان أحوط

رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كلب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان
ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقل عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة
السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهراً
بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على
بعض وهذا جوازاً بوجوه القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشبهات اذ لم يطقن الخصم ولا يمكن
ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم
تدين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض
المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله
في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة توجه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة
ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد في اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجه الاصحة ظاهراً
الرواية وجه النفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شرطى
الشهادة فتسند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عده في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في
المستور فسامعني اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها
قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولاً) أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة
اذ لا يشتهى على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير اذا كان عدلاً بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي
ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ولا يقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب
العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور
الدين تكبر الحر اذا كانوا عدولاً كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح في الطنبوري نعمت حيث
أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين تكبر الحر ولا شك أن كاهن هؤلاء من جموع
أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام
الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين تكبر الحر اذا كانوا عدولاً فيدخل المشبه به في المشبه
ولا يخفى فساد ذلك وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين
خبر العبد تكبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في
كلامهما أيضاً نوع محذور لان ما جعلنا الحر مقبلاً عليه أو مشبه به وهو داخل أيضاً في المدعى ههنا فكان مما
يلزم اثباته أيضاً ههنا فكيف يتم أن يجعل مقبلاً عليه أو مشبه به لا حد قرينه قبل أن يقين حال نفسه
فالتعليل التام الشامل لكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان
أراق الماء ثم يتيم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كانت نجاسة الماء
راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الأعضاء واذا تنجست أعضاؤه
لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخره طهر واللام يميز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذلك
في ترك الازالة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب

(قوله جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به) أي يقتصر الحكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند أبي حنيفة
رحمه الله اذ لم يطقن الخصم والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته

العدالة وقوله (حتى يعتبر
فيهما) أي في الفاسق
والمستور اذا أخبرا بنجاسة
الماء (أكبر الرأى) وقوله
(ويقبل فيها) أي في
الديانات قول العبد والحر
والامة لان خبر هؤلاء في
أمور الدين تكبر الحر اذا
كانوا عدولاً كما في رواية
الاخبار لانه ياتزم بنفسه
أولاً ثم يتعدى منه الى غيره فلا
يكون من باب الولاية على
الغير وقوله (ما ذكرناه)
اشارة الى الهدية والاذن
وقوله (فان كان أكبر
رأيه أنه كاذب يتوضأ به)
يعنى احتياطاً في الاحتياط
والاحتياط في التيمم بعد
الوضوء وان لم يترجأ أحد
الوجهين قبل الاصل الطهارة

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى

قوله أما التحري فمجرد ظن
فيه احتمال الخطا وقوله
(ومنها) أي من البيانات
(الحلل والحرمه) يقبل
فهما خبر الواحد العدل
إذا لم يتضمن زوال الملك
كلاخبار بحرمه الطعام
والشراب يقبل فنه أدول
العدل فلا يصلح الأكل ولا
الاطعام لانهما حق الله تعالى
فيثبت بخبر الواحد عدولا
يخرج عن ملكه لان بطلان
الملك لا يثبت بخبره وليس
من ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك وأما ما تضمن
زواله فلا يقبل كما إذا أخبر
رجل أو امرأه عدل للزوجين
بانهم حارمتا من امرأه
واحدة بل لا بد لهما من
شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين لان الحرمة ههنا
مسح بقاء النكاح غير
متصور فكان متضمنا زوال
الملك فان قبل قد تقدم قوله
لانه لما قيل قوله أي قول
المجوس في الحل أو أن
يقبل في الحرمة وهو يدل على
ان العدالة في الخبر بالحلل
والحرمة غير شرط فكان
كلامه متناقضا أجيب بان
ذلك كان ضمنيا أو كم من شيء
يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
ولا تناقض لان المراد ههنا
ما كان قصديا

(قوله أجيب بان ذلك كان
ضمنيا) أقول ولا يمكن أن
يجاب بان الكافر قد يكون
عدلا لان المراد بالعدل هنا
المسلم المرضي كما نص عليه
المصنف هنا

ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة أما التحري فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه
انه كاذب يتوضاه ولا يتهم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتهم بعد
الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتقر يعات ذكرناها في كفاية
المنتهى

كما سيأتي من بعد فان التيمم هناك بشئ طاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست مثل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال
الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقاتل أن يقول لانسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة
بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الأصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحيحا لا يلزم
اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والالزم القطع بالنقض عند اخبار العدلين بهما ولهذا
قالوا انه لا يفيد الاغلبة الظن دون اليقين وروافقه قول المصنف فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول
لرجحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال
الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال
الكذب شرعا لانهم ساءلوا عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان من جوابه انه فان قلت اذا بقي
احتمال تالك الكذب في العدالة فامعنى قوله فلامعنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة
في صورة العدالة احتياطيا بها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان
مقاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فامعنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه

(قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب) يعني اذا أخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير اراقة الماء
سقوط احتمال الكذب مع العدالة وأما التحري فمجرد ظن فيحتمل بالاراقة ان وقع في قلبه انه صادق في
خبره بنجاسة الماء ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضاه ولا يتهم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا
جواب الحكم فاما في الاحتياط فيتهم بعد الوضوء (قوله لما قلنا) إشارة إلى قوله لان التحري مجرد ظن فكان
فيه احتمال الخطا وان لم يترجح أحد الجانبين فالاصل هو الطهارة (قوله ومنها الحل والحرمة) أي من
باب البيانات الحلل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك أي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا
لم يكن فيما أخبر به الحرمة متضمنا زوال الملك أما اذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة وفي فتاوى قاضيان
رجل تزوج امرأة فأنخبره مسلم ثقة أو رجلا أو امرأة انهم حارمتا من امرأه واحدة قال في
الكتاب أحب الى أن يتنزه ويطاها ويعطها نصف المهر ان لم يكن دخل بهم ولا تثبت الحرمة بخبر الواحد
عندنا ما لم يشهد به رجلان أو رجلا وامرأتان وعلى قول الشافعي رحمه الله تثبت حرمة الرضاع بشهادة
لاربعة من النساء وانما يتنزه احتياطيا لمكان حرمة الوطء فيطلقها كيلا تبقى معلقة فان لم يكن يطلقها ولم
يتنزه معه ذلك لان ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو ان مسلما اشترى لجا وقبض فأنخبره مسلم ثقة انه
ذبيحة المجوسى فانه لا ينبغى للمشتري ان يأكل ولا ان يعام غير لان الخبر أخبر بحرمته العين وبطلان الملك
وحرمه العين حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد عدولا بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وليس من ضرورة ثبوت
الحرمة بطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة
المؤبدة فاذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا تثبت الحرمة واذا ثبتت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكن الرد على
بانه وان لم يثبت عن البائع اذ لم يبطل البيع ولو ان رجلا اشترى جارية أو طعاما أو ورثة ميراثا أو سبب
آخر فلما انبضه أخبره ثقة ان هذا فلان بن فلان غصبه منه البائع أو الوهاب أو المورث يستحب له التنزه عن
ذلك وان لم يتنزه فهو في سعة بخلاف ما لو أخبره أنه ذبيحة مجوسى يكره أكله ولا يسلمه لان المشهود به معتق
انه تعالى لاحق العبد حتى لا تزول الحرمة بابا حصة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة في البيانات اما الحرمة
ههنا لحق العباد وشهادة الفرد غير مقبول فيها كفي النكاح كذا في المبسوط (قوله وفيها تفاصيل وتقر يعات
ذكرناها في كفاية المنتهى) ذكر صاحب المحيط رحمه الله ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا ياكلون

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجدت من لعباً أو غناء فلا بأس بان يقعدوا يا كل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجيب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الا فترتها من البدعة من غير كصلاة الجنائزة واجبة الاقامة وان حضرتمها يباحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وقبح باب المعصية على المسلمين والمحدثي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصبر مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدله المخبر فان الحاصل هذا غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجيب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الا فترتها من البدعة من غير كصلاة الجنائزة واجبة الاقامة وان حضرتمها يباحة) قيل عليه انه قياس السنة على الغرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الغرض تحمله لاقامة السنة وأوجب بانهم استثنى قوة الواجب لور ودالو عدي على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجيب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال

وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملاً بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكماً مكرراً فأنه يديه الحديث وقوله (ولو كان على المائدة لا ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعصية أو ما اذا كان على المائدة كان قاعداً مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الآن يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

لهم ويشربون الشراب فدعوه اليهم فقال له مسلم غير الآ كين ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسى وهذا الشراب قد خالطه خبر فقال الذين دعوه الى ذلك ليس الامر كما قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم فان كانوا عدا ولا يلتفت الى قول المخبر بالحكمة لان خبر الواحد لا يعارض الجماعة فان خبر الجماعة تجتبه في الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس يجتبه في الاحكام ولان الظاهر من حال المسلمين التفرغ عن ذبيحة المجوسى وخالطه الخبر فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبراً مستنكراً فلا يقبل وان كانوا منهم حين فانه ياخذ بقول ذلك الواحد ولا يسهه ان يتناول شيئا من ذلك لان خبر الواحد باعترافه مستقيم صالح ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به انفسهم ولو كان في القوم رجلان ثقتان ياخذ بقوله حالان الخ في الاحكام تتم بخبر الثنتي فلا يعارض خبرهما خبر الواحد وان كان فيهم واحد ثقة يعمل فيها با كبر رايه فان لم يكن في راي واستوى الحالان عنده فلا بأس يا كل ويشرب ويتوضا والمصير الى غالب الرأى للمعارضتين الخبرين وعند المعارضة لا بد من مرجح لاحد الجانبين وغالب الرأى يصلح ان يكون دليلاً لاجل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحاً أولى وان لم يكن له رأى يتمسك باصل الطهارة فان أخبره باحد الامرين ولو كان ثقتان ياخذ بقوله حالاً استواء الحر والعبد في الخبر الديني ولا تتحقق المعارضة بين الواحد والثنتي في الخبر لانه يحصل من طمانينة القلب بخبر الاثنين ما لا يحصل بخبر الواحد ولو أخبره باحد الامرين بعبد ثقة عمل فيه با كبر الرأى لان الخجة لا تتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فتتحقق المعارضة بين الخبرين فيصار الى الترجيح با كبر الرأى وان أخبره باحد الامرين مملوك كان ثقتان وبالاخر الاخرى ثقتان ياخذ بقول الحرين لان الخجة تتم بقول المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين وان أخبره باحد الامرين ثلاثة أعبد ثقتان وبالاخر الاخرى مملوك كان ثقتان ياخذ بقول العبيد وكذلك ان أخبره باحد الامرين رجل وامرأتان وبالاخر الاخرى رجلان ياخذ بقول رجل وامرأتين فالخاصل في جنس هذه المسائل ان خبر المملوك والحر في الامر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فطلب الترجيح أولاً من حيث العدد فاذا استوى العدد يطلب الترجيح من حيث القرى فعلى هذا اذا كان الخبر باحد الامرين أو بعقمت الاحرار والمخبر بالامر الاخرى يخرج من يؤخذ بقول الاربع (قوله لان اجابة الدعوة سنة) الى قوله كصلاة الجنائزة واجبة الاقامة فان قيل كيف فاس السنة بالواجب في الاقامة عند اقتران المعصية بهم والواجب قوة ليست للسنة قلنا هذه سنة ورد الوعيد على تاركها على ما قال عليه الصلاة والسلام من لم يجيب الدعوة فقد عصى أبا القاسم

فهو مشكل على قواعد علم الأصول إذ قد تقر فيه كون السنة تقسماً للواجب ومغابرة في الأحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب إما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة إما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وإن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الأحكام وإن أرادوا بقولهم أنهم أسندوا في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الواجب تحمله لإقامة السنة وإن كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والأحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنائز فرض ولا واجب محض فعلى تقدير أن تكون إجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا تكفر جاحد الأول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اهـ أقول ليس هذا بشيء لأن تشبيه إجابة الدعوة بصلاة الجنائز في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فليزمن أن يكون قول المصنف كصلاة الجنائز واجبة لإقامتها وحضرتهما نباحه كلاما رائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء الأثر تنقلب إلى الواجب بقاء أي بعد الحضور وإلى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالترامه إجابتها كما أشار إليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة قائمها تنقلب إلى الواجب بل إلى الفرض بالترامه إقامتها بالشرع فيها كما تقر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك إجابة الدعوة كما سيجي فيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة لإقامتها وحضرتهما نباحه قياس الواجب على الواجب في المسائل فيندفع الاشتكال ثم إن صاحب الإصلاح والابضاح رد الدلائل المذكورة في المكاتب حيث قال لا لأن إجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز يحضرها النباحه لأنه إن أراد مطابق الدعوة فلا نسلم أن إجابته سنة وإن أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور ولا قبله إلى هنا كلامه مقصدي بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالإجابة المسنونة في قوله لأن إجابة الدعوة سنة ما يعبر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط حتى يتم تقرير الدليل لأن فرض المسئلة في دعوة اقترنت بله وروية بالنسبة للإجابة ابتداء كما سيجي فاذا عرف المدعو ذلك قبل الإجابة لا يجب عليه الإجابة أصلا وما إذا هجم عليه ولم يهرقه كالمفروض بدليل قوله فوجدته يجب عليه الجلوس والصبر والاكتفاء وهذا إجابة انتهاء فهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا مرد عليه ما قبل أن أراد بقوله لأن إجابة الدعوة سنة أن إجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجي أن الدعوة إذا فارت شيئا من الأهول يلزمه حق الدعوة وإن أراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم النقص بوجه الاندفاع ظاهر لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم فتأمل إلى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطنة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء أما ما عساه عن التحصيل ابتداء فلا معنى لإجابة الدعوة انتهاء فقط إذ لا يتصور تحقق إجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لأن عدم تحقق إجابة الدعوة من المدعو ابتداء إنما يتصور بعدم مجيئه إلى محل الدعوة أصلا لاجل إجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه إجابة تلك الدعوة انتهاء وإجابتهما انتهاء فرع مجيئه إلى محل الدعوة أولا وليس فليست وإنما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الإجابة ابتداء فقط كما إذا دعي إلى وليمة أو غيرها فاجاب وذهب إلى محل الدعوة فوجدته لعبا وغناه فلم يقعد ولم يأكل فإنه يوجد هناك الإجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورة الشرعية فيما إذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجي في المكاتب والمحجب أن ذلك القائل ذكر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط ولم يذكر الإجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والإجابة انتهاء فقط ما عكسه وهو القسم الثالث ههنا فلا يتصور وقوعه اهـ فزعم

فكانت في قوة الواجب فيثبت الحكم حينئذ فيها على حسب ما يثبت في الواجب

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور ولا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد يلزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي

ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله وجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابته مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجه الاندفاع ليس بسد بدله اذا علم المدعو قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدع لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيحى في الكتاب رد كره ذلك القائل أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابته مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو وانتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ماذا كره وجه الاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقرير الدليل بان الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى واية أو طعم لم يكن ثمته من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمته شيئا من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمته شيئا من البدع فعلم المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقرير بتمام تفق (قوله) وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر (أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعنى ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقر في علم الأصول أن المعروف باللام اذا لم تكن للعهد الخارجى فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة بقصد عصي أبى القاسم معرفه باللام ولم يظهر هناك معهود خارجى فهو للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عام من حيث اللفظ فهو بخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص معها ما يمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر في اذا علم بعد الحضور لانه قد يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترا (قوله) ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي لان مجدا رجه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللاعب وهو اللهو

(وقوله) ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام لان مجدا رجه الله أطلق اسم اللاعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللاعب وهو اللهو حرام لا يقال الحيا الذي اللعب ولهوا قوله تعالى اعلموا أنما الحيا الدنيا لعب ولهو والحيا الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللاعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهوا المؤمن باطل الا في ثلاث ناديه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله (بضرب القضيبي) عني به

(قال المصنف ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول فيه كلام لان الحديث ينظمه (قوله) لقوله تعالى اعلموا أنما الحيا الدنيا لعب ولهو أقول المراد بها أمور الدنيا أعنى ما لا يتوصل به الى الفوز الا بجل (قوله) ليس بحرام أقول يعنى مطلقا (قوله) لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو (الح) أقول لكن القياس الاول يقتضى السكينة كما لا يخفى ثم ان الاول أن يجاب بان الكلام على التشبيه فليتم (قوله) وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول فيه نظري يظهر وجهه بالنظر في كتب التفسير

(قوله) لانه لم يلزمه حق الدعوة لان اجابة الدعوة انما تلزم اذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا اذا كانوا لا يتركون بحضوره وان كانوا يتركون احتشامه واحترامه لا يحضر لان حضوره يكون من باب النهي عن المنكر (قوله) ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام لان مجدا رجه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللاعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه السلام لهوا المؤمن باطل الا في ثلاث ناديه لفرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلاث فكان باطلا في الكلام في الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على أن مجرد الغناء والاستماع اليه معصية لقوله عليه السلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والاندح من الكفر انما قال ذلك على سبيل التشديد وان سمع بغتة فلا ثم عليه ويحب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه ان صوت اللهو والغناء يثبت النفاق في القلب كما يثبت النبان بالماء وقال مشايخنا رجه الله استماع القرآن بالالحان معصية والتالى والسماع آثم ومنهم قال اذا كان وحده فغنى لدفع الوحشة من نفسه فلا بأس وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله (قوله) حتى التغني بضرب القضيبي عني به خشب الحارس وانه أعلم

حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح
 المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاماً آخر حيث قالوا فاللعب وهو الله وحرام بالنص قال النبي
 صلى الله عليه وسلم هو المؤمن باطل الا في ثلاث ناديه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه
 وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا
 فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو الله وحرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة الله هو النص
 والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقرير بخلاف ما إذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو
 الله وحرام اذ لم يتقرر على ما ذهب له وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجدت في اللعب والغناء فيصير
 حاصل التعليل أن محمد المأطوق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يعده بنوع علم أن اللعب الذي هو
 الله وحرام مطلقا وهو جسد مقيد لا مدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث
 فكان باطلا يناق في قولهم في أول التعليل لان محمد اطلاق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ماذ كره
 محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه
 الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقا بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب
 فلا تنافي لانه قول لا يساعد لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجدت في اللعب والغناء ولا
 يخفى أن قوله المذكور انما يقتضى الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث
 المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو أنه لو اعتبر دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها
 حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد
 اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا
 ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى
 علوا إنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض الله والله
 ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لو المؤمن باطل الا في ثلاث ناديه فرسه ورميه عن
 قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض الله
 والله ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمه
 الاقتراني وبالحاصل منه نتيجة وأشار بقوله بعض الله والله الى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل
 الثالث لا ينتج الجزئية كما تقر في موضعه فطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضى السكينة
 كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث
 جزئية لا غير وقال بعض المتأخرين هناك شرط انتاج الشكل الثالث كية احدى مقدمتيه وهي ههنا متقدمة
 انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح اذ الظاهر أن كل ما يقتضى القياس المذكور كيتين صغرا هما موجبة
 كية وكبرلها مسالبة كية وان حل السلب في الثانية على رفع الإيجاب السكينة دون السلب السكينة فكية
 الاولى مقررة وأداة سور السكينة هي اللام الاستغرافية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها بمنحصره
 في لفظة كل بل كل ما يدل على السكينة من اللفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي
 ذكره صاحب العناية نظره ان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض الله والله اللعب ليس بحرام جسد وأما
 قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلان القياس المذكور انما ينتج أن بعض الله والله اللعب وهو الحياة
 الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حراما أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد بالبعث في النتيجة
 ونظير هذا ما إذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو
 الانسان ليس بفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس بفرس واللام يكن للحد الاوسط تائير ودخل في النتيجة

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون
 * (فصل في اللبس) * قال (لا يحل للرجال لبس الحر ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس

وليس كذلك قطعاً وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان
 بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلامعنى لتخصيصه بالصورتين الثلاث المستثناة في الحديث
 لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه لتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم
 مادة السؤال لا مكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما ساكنت
 الحياة الدنيا أيضاً حراما لانها لعب ولهو وقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا
 ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حيث ذكنا الصواب في
 الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد
 والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعنى أنها كاللعب واللهوى سرعاً فنائها وانقضائها
 صريح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهوى أيضاً كما لا يخفى (قوله وكذا
 قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون) يعنى ودل أيضاً قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها
 حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالحرم
 يكون أقول اقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته منتهمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا
 بالحرم وأما دلالة على حرمة كل الملاهي كلها والمضى كيف وقد قال ابتليت بمذاصرة انتهى ولا
 شك أن ما ابتلى به مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيئاً معيناً منها واعتبر عليه صدر الشرع بوجه
 آخر حيث قال في شرح الوفاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة يمكن أن يقال ان الصبر على الحرام
 لا قامة السنة لا يجوز والصبر الذى قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً مع راضع ذلك اللهم منكره غير
 مشغل ولا ملذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء إلا أنها تصير واجبة
 بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا لزومه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة
 والصوم ونحوهما فان كلاً منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لا قامة
 الواجب فيجوز كما في صلاة الجنائز اذا حضرته النياحة وقد مر من مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان
 جواز كون أبي حنيفة جالساً مع راضع ذلك اللهم منكره غير مشغل ولا ملذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو
 ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشرح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الوقفات عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر
 ومثل هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم ولم
 يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد ورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده
 صدر الشرع مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ابراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل
 الملاهي لان الابتداء بالحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور والعواقب ولو كان
 مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان
 السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور والظاهر أنه جلس مع راضع ذلك اللهم منكره غير مستمع له فلم
 يحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف
 وعزاء في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده فاني بكلام مغفل مشوش قابل للدخل والخرج
 تركا ذكره وبين ما فيه محاشياعن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

* (فصل في اللبس) * قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان

* (فصل في اللبس) *

خشب الحارس وقوله
 (وكذا قول أبي حنيفة)
 معطوف على قوله ودلت
 المسئلة

* (فصل في اللبس) * لما
 فرغ من مقدمات مسائل
 الكراهية ذكر تفصيل
 ما يحتاج اليه الانسان

* (فصل في اللبس) * قوله
 لما فرغ من مقدمات مسائل
 الكراهية أقول فيه بحث
 فان أول الفصول معقود
 لبيان الاكل والشرب كما
 ترى وقبول الاخبار وغيره
 مذكور لاجله لتعلقه به
 والتعميم بمثل النوضى اذا
 أخبر بنجاسة الماء لبيتم

فان قيل الحديث الدال على
حله لمن امان يكون قبل
الاول فينسخ به أو بعده
فتمعارضان لان العام
كالخاص في افادة القطع
منه نأولاي علم التارخ فيعمل
بحرم متاخر التلايلزم النسخ
مرتين فالجواب أنه بعده
بدليل استعماله ان اباد من
لقد رسول الله صلى الله عليه
وسلم من غير تكبر وذلك
آية فاطمة على نأخره فينسخ
به المحرم وتكرار النسخ
بالدائسل غير ممتنع فان قيل
قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان اشارة

الفائدة وهو ظاهر (قوله
وقدم اللبس الخ) أقول بل
المقدم هو الأكل والشرب
لشدة الاحتياج (قوله
واستدل على الحرمة بقوله
عليه الصلاة والسلام إنما
يلبس من لا خلاق له في
الأنثى وهو عام في الذكور
والإناث) أقول لم يتعرض
لعموم الهمزة لظاهرية
العموم فبادرهم أنه
فسر قول المصنف لهما
العمومات بالهمزة عن
لبس الحر أيضاً الاحتمال
قوهم دعوى الخصوص
بالرجال في النهي مستلذا
بلغظ لا تلبسوا (قوله أما
أن يكون قبل الأول فينسخ

به الح) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضا في الوجه الاول قلنا لا محرم ورجحان قتال (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا غشية للسؤال وهو حاصل الجواب (قوله وتكرار النسخ بالبدليل غير متعمد) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم

الحرى والديبايح وقال انما يلبسه من لاخلقه في الاخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه
من الصحابة رضي الله عنهم منهم على رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرى
وبالآخرى ذهب وقال هذان حرمان على ذكر وأتى حلال لاناثم وروى حل لاناثم (الآن القليل - فهو
مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه
واقترنى أثر صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منها في غاية
الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من
مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصود بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية
كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه
والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه
الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما
حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحر برعى الرجال وحله
للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل
المحرم والمباح اذا اجتمعما يجعل المحرم متاخرا حتى لا يلزم النسخ مرتين وهنالك ما أخرجه عليه السلام هذان
حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثم مقدما قلنا قوله انما
يلبسه من لاخلقه في الاخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكر وأتى لان هذا بعيد لبيان حكم
فيجعل عليه نقلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفارقة في حق الحل والحرمة للذكر
والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلقه في الاخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكنا كالظاهر
والنصر والنص راجع على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعجال الاناث
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبر وهذا آية قاطعة على تناخه كذا ذكر السؤل
والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤل والجواب هنا قل
الحديث الدال على حله لهن أما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيعارضان لان العام كالخاص في
افادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا للتسليم يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل
استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر وذلك آية قاطعة على تناخه فينسخ به المحرم
وتكرار النسخ بالدليل غير مجتمتع انتهى كلامه أقول تقر بالسؤل على الوجه الذي ذكره صاحب العناية
ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل محتمل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني
فيعارضان أنهم ما حبتذيه يعارضان فيشاققان فليس بهج اذا المؤخر يكون تامخا للمقدم البتة عند
التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب الخاص كما
تقرر ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهم ما يعارضان ويكون المؤخر تامخا للمقدم فهو يدفع السؤل
عن المقام فلا وجه لمخرجه في جانب السؤل وأقول في الجواب الذي ذكره ايضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح
وسائر المعتزات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحر حرام على النساء ايضا العموم انتهى ولما حدث الطحاوى
عن أبي بكر عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخاطب يقول يا أيها الناس
لا تلبسوا نساءكم الحرى فان سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس

الى جرتين فمن أن
العموم أجيب بان المراد
الجنس وليس كان مخصصا
فغيره يلحقه بالدلالة وقوله
(قالوا يكره) يعني للرجل
والمرأة جميعا بخلاف اللبس
وقوله (لهما العمومات)
يريد به قوله نهي عن لبس
الحرير وقوله انما يلبس من
لا خلاق له في الآخرة وما
روى عن عمر رضي الله عنه
أنه استقبل جيشا من
الغزاة رجعوا بفسانهم ولبسوا
الحرير فلبا وقع بصرة عليهم
أعرض عنهم فقالوا لم
أعرضت عنا قال لا في أرى
هناكم ثياب أهل النار
والمرقة تكسر الميم وسادة
الاستكاه وقوله (والجامع
كونه غموضا) يريد به أن
المستعمل يعلم بهذا المقدار
لذمة ما وعد له في الآخرة فمنه
ليرجع في تحصيل سبب

تكرار النسخ على ما حقق
في مقامه (قال المصنف الا
أن القليل عفو وهو مقدار
ثلاثة أصابع أو أربع)
أقول الاصبع يذكر
ويؤتى فخذ كوفي ثلاثة وأث
في أربعة (قوله وقالوا يكره
يعني للرجل والمرأة جميعا)
أقول كيف يقولان في قوله
عليه الصلاة والسلام حلال
لأنهم (قوله يريد به قوله نهي
عن لبس الحرير) أقول
التوسد والنوم عليه ليس
لبسا فكيف يستدل به الا
أن يقال ذلك في معناه وقد
مر مثله في الفصل الاول

وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس
الحرير بالاموضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة
بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وثوقا لا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده
ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على
الابواب لهما العمومات ولأنه من روى الا كسرة والجبايرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه يا كرمي
الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله
عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من اللبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه

الحرير في الدنيا لم يلبس في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا
استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعد دليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى
الله عليه وسلم من غير تكثير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذا حرام انما اشارة
الى جرتين فمن أن العموم أجيب بان المراد الجنس ولأن كان شخصا فغيره ملحقه بالدلالة انتهى أقول فيه
بحثوه وأنه قد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالة فعله فقد برأ
يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذا حرام الحديث ملحقه بالدلالة يلزم أن
يرجع الحديث الدال عبارة أو اشارة على حصة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما
يلبس من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير
الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينقض هذا الحديث بحل لبس الحرير والغير المشار
اليه في الحديث للنساء فمن أن ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وثوقا لا يكره) قال
الشراح يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فانه قال فيها الرجل والمرأة في هذا سواء
بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم
قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لأنهم ليس بمقتسدين باللبس بل
الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعا هما ههنا بالعمومات كيف
يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رويته جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم (قوله لهما
العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهي عن لبس الحرير وقوله انما يلبس من لا خلاق له

عليه وسلم خرج وباحدي يديه حرير وبأخرى ذهب فقال هذان محرمان على ذكورا متى حل
لأنهم أي هذان جنسان محرمان فثبوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة وفي غيره من جنسه
بطريق الدلالة فان قيل المحرم والمبعض اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ من تين فكيف يجعل
المبعض هنا متاخرا وهو قوله حل لأنهم نهي النبي عليه السلام عن لبس الحرير طالما تقدم ما قلنا قوله انما
يلبس من لا خلاق له ان يكون بيانا لقوله محرما على ذكورا متى كور أممي لان هذا وعد لا بيان حكم فيعمل عليه تقليلا للنسخ
ولان هذا الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة لذلك كور والاناث وقوله انما يلبس من لا خلاق
له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كائنا كانا ظاهر والنص والنص راجع على الظاهر أو نقول
الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخروا واستعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى
يومنا هذان غير تكبير وهذا آية قاطعة على نأخرو (قوله مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أي مضمومة
لأنشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال لمطاعه اسواء كان صغيرا أو كبيرا ومن الناس من حرم ذلك للعموم
النهي (قوله وكذا الاختلاف في ستر الحرير) أي في تعليقه على الجدار (قوله لهما العمومات) وهي
هذان محرمان الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم لان أنكى على جرة الغضا أحب الى من ان أنكى على
مرفة حرير وعن علي رضي الله عنه انه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة
(قوله والجامع كونه غموضا) أي يعلم بهذا المقدار ما وعد له في الآخرة فان قيل الجاوس على كرمي الغضة

نحو ذجاعلى ما عرف قال (ولا باس بلبس الحرير والديبايح في الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديبايح في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أرفع لمعة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه (ويكره عند أبي حنيفة) لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لخصه حرير وسداه غير ذلك والمخلوط لا يستباح الا للضرورة وما رواه بخول على المخلوط قال (ولا باس بلبس ماسداه حرير ولجنته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسددي بالحرير ولأن الثوب انما يصير ثوبا بالنسيج والنسيج بالجمعة فكانت هي المعتبرة دون السدي

في الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بعينه عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عننا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل النار اه واقتنى أثره صاحب العناية في بيان المرامد من العمومات بهذه المذكورات أقول جل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لأن مدلول كل من هذه المذكورات انه هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهم مالبس باللبس اذ لا يقال ان توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لاني اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الآن يقال التوسد والاقتراض وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا أنهم ما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والاتعايم حافضهما لمطهين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لاعتباره لكنه تعسف جدا كالأبختي وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان حرمان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكني على جرة الغضا أحب الي من أن أتكني على مرفقة حرير وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على مرجحها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة اه واقتنى أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما أو ما في الأخيرين فلا لأن الثاني مخصوص بالاتكاه والثالث مخصوص بما يفعله في السرج من القعود والانتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا أن ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما قبله فينبذ بحمل العموم كما ترى (قوله والمخلوط لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين بطله والمخلوط لا يستباح الا للضرورة بوجه أن الملتحمة حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة اندفعت بباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو سلمنا المعنى على المخلوط لا يستباح الا للضرورة فاذا أمكن اندفاعها بالادنى. نه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز الخ الى هنا كلامه أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجردة عما قبله والمخلوط لا يستباح الا للضرورة بوجه أن الملتحمة حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإجماع انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت بباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ورد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسع بها لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمخلوط لا يستباح الا للضرورة وأما قوله ولو سلمنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز الخ فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز الخ الى هنا كلامه أقول فاما ما أمكن اندفاعها بالادنى فلا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك أقول مفهومه من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كالمخلوط كالمخلوط

لا يحل ولا يحل اقتراشه وقد حل القليل منه وهو ليس الخاتم قلنا ما أطاقنا القليل الا ليكون نحو ذجا فاذا انقلب مة قصودا بقي حراما كالحز وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه وهو الاقتراض ليكون نحو ذجا الى ذلك الكثير الكامل فاما الغضة فلا تكون لباسا في الدار الآخرة وانما يكون منها الكرسي ونحوه فلو أطاقناه لصاوعينها مطلقا عين الشئ لا يصلح نحو ذجا (قوله والخز مسددي بالحرير) يريد به ان الخزام لبس لثوب سداه حرير ولجنته صوف حيوان يكون في الماء (قوله فكانت هي المعتبرة دون السدي) لما عرف ان العبرة في الحكم لا بخروج معنى العلة

بوصله اليه وقوله (لا فصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرمان على ذكر أمتي وقوله (والخز مسددي بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولجنته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديبايح لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولجنته غيره فلا باس بلبسه في الحرب وغيره لأن الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفتين يضاف الى آخرهما وجودا والصفة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو انتفاع الهيئة في عين العدو ولا يقدح في معرفة السلاح ولا ضرر في غيره فيكون مكرها وقوله

وقال أبو يوسف أكره ثوب القنز يكون بين الغرو والظهار ولا أرى بحشوا القنز باسلان الثوب ملبوس والحشوة غير ملبوس قال (وما كان لجنحة حرير أو سدا غير حرير لباس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للجمعة على ما بيننا

الحال فلا يوجد الايجاز الخلل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمحظور لا يستباح للضرورة بالمقدمة السابقة عليهم أو هي قوله والضرورة اندفعت بالخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على القطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة بقوله والمحظور لا يستباح للضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح للضرورة والضرورة فيها نحن فيه قد اندفعت بالخلوط الذي لجنحة حرير أو سدا غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الأولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد قوله وما رواه مجمل على الخلوطين أقول فيه نظر لان ما رواه ترجيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والجل على الخلوطين صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في الأثاغ والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولبسته أبو يسلم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الأول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولبسته غير فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فنقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للعمل على الخلوطين في حقه (قوله) ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالجمعة فكانت هي المعبرة دون السدى قال جهو والشرائح تعليل هذا لان الحكم ذاتا يتعلق بعلة ذات ومقتضى يضاف الحكم الى آخرهما والجمعة آخرهما اهـ وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا باللبس ما والشئ اذا تعلق بوجوده بشئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون الجمعة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلامستقلا منقطعاعن الآخر يرشدك اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا بالنسج والنسج بالجمعة فكانت هي المعبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا باللبس ما حاشا تكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو الجمعة اهـ لكن لا يخفى عليك أن القول بان النسج يكون بالجمعة وهم بل هو بالجمعة والسدى معافا لتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو بالجمعة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو الجمعة وجعلت حكما في الاباحية ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصح ذلك في رأي ههنا بل خرج عن سنن السدادا لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل بالجمعة والسدى معافا بالجمعة وحدها اذا النسج انما هو تركيب الجمعة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار بالجمعة دون السدى الا بحلقة تلك المقدمة فاذا لم يقدم ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلامستقلا وتلك المقدمة دليل آخر فلا حرج من به جهو

وقيل ان اعتبار السدى لانه يصير مستورا بالجمعة وهذا التعليل منقول عن الشيخ أبي منصور ووجهه انه وعلى هذا يكره لبس العنابي لان السدى لا يستتر فيه بالجمعة كذا في الإيضاح وجامع المحبوب قال أبو يوسف ووجهه انه أكره ثوب القنز يكون بين الغرو والظهار ولا أرى بحشوا القنز باسلان الثوب اذا كان بين

(على ما بيننا) إشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج بالجمعة تروى هشام عن محمد بن عمار انه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا باساقا لخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم ورجعاهم الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربع مائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

كان في يد عمر رضي الله عنه

الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداء الحصر

فيه (ومن الناس من أطلق) منهم خمس الاثمة السرخسي وجهه الله فقال الاصمح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختمه به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريره ولانه يتخذ منه الاصنام فانه الصغرى الذي هو المنصوص عليه وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جواز التخم بالذهب لما

روى عن البراء بن عازب رضي الله عنه انه ليس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التخم بالفضة لقلته ولكونه غموضا جعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخرو الجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنه ما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرما

خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريره (والتخم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التخم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التخم أو التثويح وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف التسوان لانه ترين في حقهن وانما يتخم القضي والاساطان لجأته الى التخم وأما غيرهما فلا فضل أن يتركه لعدم الحاجة اليه قال (ولا

في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التخم بالشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التخم به بخلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التخم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفى كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التخم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتخم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في السكافي وغيره فكان التثبيث بكونه حجرا أظهر نفعاً في اثباته مدعى من قال بعدم حرمة التخم به من نفى كونه حجرا عن هذا ما لا امام قاضيان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التخم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقدر روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتخم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتخم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صحيح ما علم من قوله الابا الخاتم الا أنه ذكره نوطه لما فعله من دلالته انتهى أقول ليس ذلك يسدي لان معنى قوله الابا الخاتم الا أنه يجوز للرجال الختم بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال الختم بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي اثبات بل لا ريب وما ذكره ههنا حرمة التخم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صحيحا ما علم من قوله الابا الخاتم والخالف بين نفى جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا نص صحيح ما فهم من قوله من الفضة في قوله الابا الخاتم

الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه ولم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البئر وما روي ان نعمان بن بشير دخل على النبي عليه السلام وعليه خاتم ذهب فقال مالك تختمت بخاتم أهل الجنة قبل ان تدخلها فقد حذر عليه السلام الدخول تحت قوله تعالى أذهبتم طيبتهم في حياتكم الدنيا فترع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار فتركتهم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام اني لا جد منكم ولا يج الامم فخام فقال بم اختم يا رسول الله فقال بالفضة ولا تزده على مثقال واجعله في يمينك ثم صار الافضل جعله في ايسار لان ذلك صار من علامة أهل البغي ويجعل الفص الى باطن كفه هكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف النساء لانهن يلبسن للترين وقال بعض الناس لا بأس بالتخم بالذهب لما روي البراء بن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البس ما كسالك الله ورسوله ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل الختم بالفضة لقلته ولكونه غموضا جعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخرو الجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنه ما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرما

أي لأنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل من ما) يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لان عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الشباب النفيس وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح بوضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجربة فهو مكر وبدعة وما فعل لحاجة فهو ضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلس والالتصاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عدا الى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع (٤٥٩) وأصابه على تلك الحالة قال لم تخني

امرأتى وان أصابه وقد انحسل قال خانتني هكذا المروى عن الثقات الآن البيت ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجباتنا في نفوسكم

فليس بمن عنك عقد الرتام

والتعاقب ممدود في العقد

للمبالغة في وزن التفعاعل

كالتهذار والتعاب بمعنى

الهذر والعياذ بالله أعلم

*(فصل في الوطء والنظر

واللمس) مسائل النظر

أربع نظر الرجل الى المرأة

ونظرها اليه ونظر الرجل

الى الرجل ونظر المرأة الى

المرأة والاولى على اربعة

اقسام نظره الى الاجنبية

الحرى ونظره الى من يحل له

من الزوجية والامة ونظره

الى ذوات بحارمه ونظره الى

أمة الغير قال (ولا يجوز أن

ينظر الرجل الى الاجنبية

الحرة القياس أن لا يجوز

نظر الرجل الى الاجنبية من

قرنها الى قدمها اليه اشار

باسم الذهب يجعل في حجر النقص) أي في ثقبه لانه تابع كاعلم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بافضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما له ما أن عرفة بن أسعد الكندي أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنعام فضة فأتى فامره النبي عليه السلام بان يتخذ أنعاما من ذهب ولا يخيطة فيه الخرج والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيمادى ولم تندفع في الانف دونه حيث أذن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالحرير لما حرم شربه حرم سقه بها قال (وتكره الخرق التي تحمل في جميع العرف) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر ومما ذكره في الجلس (ولا بأس بان يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط الحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعتك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النساء

*(فصل في الوطء والنظر واللمس) قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية لوجهها وكفها لقوله

والمطقة وحماية السيف من الغضة على القول بان مفهوم المخالفة معبر في الروايات بالاتفق لكان له وجه تامل

*(فصل في الوطء والنظر واللمس) لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق

يدل على تحريمه) وهو قوله وفي الجامع الصغير ولا يقتصر بالافضة (قوله يوم الكلاب) هو بالضم والتخفيف

اسم ماء كفت عنده وقعة (قوله لم تندفع في الانف دون الذهب أي لم تندفع الضرورة في الانف

بدون اتخاذ من الذهب (قوله ويسمى ذلك الرتم والرتبة) في المغرب الرتبة خيط التذكير يعقد بالاصبع وكذا

الرتبة توارثت الرجل ارباما وارتم هو نفسه قال اذا لم تكن حاجباتنا في نفوسكم فليس بمن عنك عقد الرتام

والرتم ضرب من الشجر وأشد ابن السكيت

هل ينفعتك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقال عنه ان الرجل كان اذا خرج في السفر عدا الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع

وأصابه على تلك الحالة لم تخني امرأتى وان أصابه وقد انحسل خانتني وهو المشهور والمروى عن الثقات الآن

أ بالالف ذكر الرتم بمعنى الرتبة وأبو زيد ذكر الرتم في معناها وأنشد هذا البيت احتشادا به للخطا وكأني

بها لجمعها وانته أعلم بالصواب

*(فصل في الوطء والنظر واللمس) اعلم ان مسائل النظر اربعة أقسام نظر الرجل الى الرجل والمرأة

قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيع النظر الى بعض المواضع وهو ما استثنى في الكتاب بقوله (الوجهها وكفها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استغناء لكونه أوفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضي الله عنهما

(قال المصنف ولا بأس بان يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة يسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزيلعي الرتبة قد تشبه

بالجمجمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في

حدود الامان أنه كفرانته (فصل في الوطء والنظر واللمس) (قوله الاولى على اربعة أقسام نظرها الى الاجنبية الحرة) أقول الاولى

أن يقول لمن لا يحل له من الاجنسة الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعني فسر قوله تعالى ما ظهر

تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة الحاجة الى المعاملة مع الرجال اتخاذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا الحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينه الا نكح يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تنحرا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على أنه لا يباح اذا شئت في الاشتباه كما اذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يحس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة بالبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام

بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والا نكح الرصاص وقوله (فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها عن شهوة

منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن أمته بغير اذنه وعدم جواز ذلك في الحرمة الا بانها وان تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالتناسب أن يؤخذ كمر الوطء في عنوان الفصل أيضا فقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الاثنية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام أيضا فنظر الرجل الى الاجنبية الحرمة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامته ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير فند في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول افاظهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفها بقوله في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره أقوال الامن الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شي مناسوي قوله ما لكن دلالة قوله ما على ذلك غير واضح أيضا اذا الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله الى كفها بالكية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم يرفها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا باغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا أشار الى وجهه وكفها ومنها ما روي أن فاطمة رضي

(قال المصنف فاذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تميم الحديث فان الحديث انما يدل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الامن هنا وستان ما بينهما فضم ذلك اليه ليتم التقریب

الى المرأة والمرأة الى الرجل والرجل الى المرأة اما نظر الرجل الى المرأة فاربعة فصول نظر الرجل الى زوجته ومما لو كنهه الى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرمة الاجنبية ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الحرمة الاجنبية الا الى وجهها وكفها لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم أي موضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة موضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل فيها وقالت عائشة رضي الله عنها المراد من قوله تعالى الا ما ظهر منها الحسد عينها وقال ابن مسعود رضي الله عنه المراد من حجبها وملابسها واستدل ابن مسعود رضي الله عنه بقوله عليه السلام والنساء حباثل الشيطان بمن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدى فتنة أضرب على الرجال من النساء جري في مجلسه عليه السلام يوما ما خير ما للرجال من النساء وما خير ما للنساء من الرجال فاسرجع على الى بيته أخبر فاطمة رضي الله عنها فقالت خير ما للرجال من النساء ان لا يروهن وخير ما للنساء من الرجال ان لا يرينهن فلما سمع أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي بضعة مني فدل أنه لا يباح النظر الى شيء من بدنهن ولان حرمة النظر لحوف الفتنة وعامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في النظر الى وجهها أكثر منه الى سائر الاعضاء

من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كف جرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهي أما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن لزيير رضي الله عنه استأجر عجوزاً لترضه وكانت تعمر رجليه وتغلي رأسه وكذا اذا كان شيخاً يامن على نفسه وعليها ما قلنا

الله عن المأثرات أحداً بينهما بل لا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها قلقة قرأى قطعتة فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهي أما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا بأس بمسها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وان كانت عجوزاً وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزاً والاصل فيه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كذا كوفي المحيط وغيره وما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كذا كوفي الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يبي عن التعميم لكن لا جملة لا خبراً مع مسألة لا يجوز ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقل عن الأئمة المشايخ ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كف جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها أما اذا نهى العيون من رؤيتها ونزوى الخاطر من لقاءها فلا تنهى كلامه وافقني أثر صاحب النهاية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخاً يامن على نفسه وعليها ما قلنا فان قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يشي الجواب المزبور هناك اذا الظاهر أن تلك المسألة فيها اذا كانت شابة تشتهي يدل على ذلك طائفة على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهي ولا شك أن الشابة المشتبهة تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلية تحت النص المذكور فلا جملة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الاصول فإن قلت تلك المسألة مقيدة بأن يامن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوى النفس إلى مسها في تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوى النفس إلى مسها بالفقر في تلك الصورة فمن شأن ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لا تدعو النفس إلى مسها الا التي تحققت فيها دعوى اليه بالفعل والالزام أن لا يثبت حرمة مس الرجل السنب المرأة الأجنبية لشابة اذا آمن على نفسه وعانها نامل توقف (قوله وكذا اذا كان شيخاً يامن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها لئلا نامل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها بخلاف اشتراط أمنه عليها أيضاً بناء على ذلك

وبهو هذا استدلال عائشة رضي الله عنها ولا كتبها تقول هي لا تجذب دامن إن تمسني في الطريق ولا بد من أن ترفع إحدى عينيها لتبصر الطريق فيجوز لها ان تكشف إحدى عينيها هذه الضرورة والثابت بالضرورة لا تعدو موضع الضرورة ولكننا نأخذ بقول علي وابن عباس رضي الله عنهما فقد جاءت الاخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفها من ذلك ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلى وجهها فلم يرفها رغبة ولما قال عمر رضي الله عنه في خطبته الا لا تغالوا في صدقة النساء فأنه لو كانت مكرمة أو تقوى عند الله كان أولاً كتمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنه ما خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته أكثر من أربعين مرة أو قتيونس فقامت سبعة الخدين وقالت أنت تقول برأيت أم سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنه قد خجل في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال الله تعالى وآتيتهم أحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً فيكسر عرو رضي الله عنه فقال كل الناس أفقه من عرجي النساء في البيوت فذكر الراوي أنها كانت سبعة

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها (٤٦٢) فإنه أخرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله المغيرة بن شعبه رضي الله عنه لما أراد أن

يرجع امرأته (والخافضة
للجارية كالختن للنام)
يعني أن الخافضة والختان
ينظران إلى العورة لأجل
الضرورة لأن الختان سنة
في حق الرجال مكرمة في
حق النساء فلا يتردو يجوز
للرجل أن ينظر إلى
موضع الاحتقان لأنه مداو
يجوز للمريض والهزال
الفاش أكثره نوع
مرض على ما روي عن أبي
يوسف رحمه الله وأجاز
الاحتقان جاز للخاص النظر
إلى موضعه

(قال المصنف والصغيرة إذا
كانت لا تشتهي بياح مسها)
أقول وحاصله أنه يشترط
لجواز المس أن يكونا كبيرين
مأمونين في رواية وفي رواية
يكتفي بأن يكون أحدهما
كبيراً مأموناً لأن أحدهما
إذا كان لا يشتهي لا يكون
المس سبباً للوقوع في الفتنة
كالمغيرة ووجه الأولى أن
الشاب إذا كان لا يشتهي
أن يمس العورة فالعجز
تشبه أن يمس الشاب لأنها
علمت بما لا يجامع فيؤدي
إلى الاشتباه من أحد الجانبين
وهو حرام بخلاف ما إذا كان
أحدهما صغيراً لأنه لا يؤدي
إلى الاشتباه من أحد الجانبين
لأن الكبير كما لا يشتهي أن
يمس الصغير لا يشتهي الصغير
أيضاً أن يمس لعدم العلم

فإن كان لا يأمن عليها لا تحمل مصافحتها فيه من التعريض للصغيرة إذا كانت لا تشتهي بياح مسها
والنظر إليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة
عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي) الحجة على أحباء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة
ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لأداء الشهادة ثم زاعماً يمكنه التحري عنه وهو قصد
البيع وأما النظر لتحمل الشهادة إذا انتهى قبل بياح والاصح أنه لا يباح لأنه لو جسد من لا يشتهي فلا
ضرورة بخلاف حالة الأداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها) لقوله
عليه السلام فيه أبصرها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما ولا مقصود إقامة السنة لأداء الشهادة (و يجوز
للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة قد ما وثاها) لأن نظر الجنس إلى
الجنس أسهل (فإن لم يقدر واستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصرة ما استطاع لأن
ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كغير الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان

(قوله) فإن كان لا يأمن عليها لا تحمل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر
أيضاً فإن جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في عليها للمرأة
وجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه، دلالته من بيان حكم
عدم الأمن عليها عبارة فإنه إذا لم تحمل مصافحتها عند عدم الأمن عليها سابقه من تعريض الغير للفتنة فلا تن
لا تحمل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله) ويجوز للقاضي إذا أراد
أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى أحباء حقوق
الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد نبهوا على ذلك بياح النظر إلى العورة الغليظة
عند الزنا إقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالي ههنا أشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين
حدين يثبت إقامة الحد والتحري عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تزدى شهده عنده ولو سترته
بثوبك لكان خيراً لك وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمسال فيقول أخذ
أحباء لحق المسروق منه ولا يقول سرق مخافاً على السرق فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلاً لعدم
الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعتم بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا

الخدي وفي هذا أنها كانت مسفرة عن وجهها ولما ناولت فاطمة رضي الله عنها أحد ولديها بلالاً أو أنسا
قالوا ليت كفها فلقية فترددت له لا بأس بالنظر إلى الوجه والكف وأما خرف الفتنة فيكون بالنظر إلى ثيابها
أيضاً وما إذا كانت عجوزاً فلا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لأنه عدم خوف الفتنة فإن قيل هذا تقليل
في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة
قبل المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها دل عليه ما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم الصغيرة
إذا كانت لا تشتهي بياح مسها والنظر إليها لأنه ليس لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس خوف الفتنة
(قوله) ثم زاعماً يمكنه التحري عنه) لأنه إن لم يمكنه التحري فلهذا مكنه التحري منه قبل ما قصه وكسسته الترس
صبيان المسلمين (قوله) بخلاف حالة الأداء) فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل وهو متعين لادانها (قوله)
أبصرها) قال عليه السلام أغيرة بن شعبه لما أراد أن يتزوج امرأة أبصرها فإنه أي البصائر أخرى أن يؤدم بينكما
أي أولى بالاصلاح وإيقاع الالفة والوفاق بينكما هكذا رواية المبسوط وأما رواية الفائق فإن النبي عليه
السلام قال لا تغيرة بن شعبه خطب امرأة فلو نظرت إليها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما الدم والأيام الاصلاح
والتوفيق من آدم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجهه موافقاً للطعام (قوله) كنظر الخافضة والختان) يعني
أنهما ينظران إلى العورة لأجل الضرورة لأن الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركها

كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأنه يجبي ما يحتاجه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الختن من
الاصول (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة فلا يشتهي قبل بياح) أقول لعل المراد إذا خاف الاشتباه

(قالو ينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالكعبة قبل عطف (٤٦٣) الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا

التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الكعبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف خرج انهم يعلى بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبا واحدا وانما أخذ متعددا

فأذكر كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتباه والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت الغيا والفتن عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السرة دون ما عداها لقوله تعالى فبدلت لهما سواتهما والمراد به العورة ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل اسكاري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معنى بريم) أي بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله ومادون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله (وقدرى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة

من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمريض وكذا الهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمانة المرض قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الاماين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويرى مادون سرته حتى يجاوز ركبته ومما ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفتن عورة خلافا لاصحاب الظواهر ومادون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل السكاري معتمدا فيه العادة لانه لا معنى بريم مع النص بخلافه وقدرى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

يعنى كون السرة أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يهتلك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم بما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركه لان مطالب الشاوع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة بالزجر فاذا ظهر النشر في الزنا مشلا وعدم المبالاة به باشاعته فاختلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب لاختلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا منستر امتنعت فامتد ما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كلب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك به الا في ما سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لا قامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا فكيف بذلك اشكال فلم يتم قوله ثم دفعه بما ذكره بعض شراح الهداية في كلب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا ما لفتا في تحصيل احدي الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا لا بد من اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرر عن التهلكة في أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذا كان في اباح ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أي من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بان ينظر اليها وان علم أنه يشبه ببناء على أن قصود اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما أتى في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجب ان بل من بعض السنن المؤكدة فسد دفع ذلك الاشكال بخلافه (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الاماين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما يشتهى على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله ومما ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالكعبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة وعذرهما

وهو مكرمة في حق النساء أيضا الخلف الجارية كالحن للغلام وجارية مخفوضة أي محتونة (قوله وكذا الهزال الفاحش) اذا قيل له ان الحقنة تزيد مالك من الهزال فلا بأس بان يبدى ذلك الموضع للحنث على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره الدق والسيل (قوله مع تدافيه العادة) أي لتعامل العمال وغيرهم في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزاع عن الظاهرة خرج

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قبل عطف الشافعي) أقول لا نائل صاحب النهاية (قوله السكاري) أقول بفتح الكاف

وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجره دوار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتي عظام الفخذ والساق فاجتمع الحرم والمبوح في مثله يغلب الحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ أخف منه في السواك حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف

كانه وقع سهوا الوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله أنها أحسد حدى العورة فتكون عورة كركبة فإن هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله أنها حدى للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لأن الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اهـ ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساطع المصنف لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبا واحدا والمأخذ متعدد فالأخذ كور يكون تعليل أبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتباه اهـ أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذنبك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر أصلا فإنه لم يظهر بالجواب عنه فبقى الإشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فأقول في الجواب القاطع لعرق الإشكال أن في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي أحدها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية أنهما ليسا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال للادوي منهما وهذا أصح الوجهين واذا قدره هذا جاز أن يكون تعليل الشافعي في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله أنها حدى للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية في هذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله أنها حدى العورة فتكون عورة كركبة بناء على ذلك القول فلا عذر في العطف المذكور وأصلا تأمل توقف (قوله وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عبيد بن اسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرف المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المثل بهذا المنوال وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عبيد بن اسحق أن أبا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهما فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدما نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مسدعا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبطا في استخراج ما رواه الطبراني في مجمعه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرته الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيلها بها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمي يعني لو سلم المخالفة بينهما فإرواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مسدعا ناها هو أن لا تكون السرة من العورة وبالأولوية فإن علم جواز مس العورة بوضع اليد عليها الأولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن ولم يمنعها الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى عيبر أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن علي يده على سرته نفسه وعن هذا قالوا ووضع يده بالواو دون موضع يده بالفاء كما قال في الرواية الأولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال

وقوله (وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنهما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رحمهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجره دوار) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لانهما) أى لان النظر والمس فيهما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز) (٤٦٥) للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر

الرجل اليه منه (عكس هذا القسم الذى نحن فيه وقوله (وجه الفرق) أى فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه - تحبا وعدم نظرها اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب كالمحقق غالباً ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا يحقيقهما وان أبا حنيفة جوز الصلاة في السفينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبيه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية توجد الشهوة من جانبيه حقيقة لان الغرض أنه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من المحقق من جانب واحد لانه قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليمن المرأة لوجود المجامعة وعدم الشهوة غالباً والغالب كالمحقق كفى

المحقق يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان يلج (وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيهما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الحنفي من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أنما ظان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيا منها أشتى أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالمحقق اعتبارا فاذا اشتى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتى المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من المحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجامعة وانعدام الشهوة غالباً كفى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

الفاء عند الان قال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كفى قوله تعالى قالوا اسلاما قال سلام واذا قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سترته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سره الحسن عند وضع يده على سترته ثم انه ان كان مقصودا الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سترته في رواية الطبراني التحريم عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحريم عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه حزم باحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح المس لانهم ما فيهما ليس بعورة سواء) أقول اقاتل أن يقول استواء ما فيهما من نوع كيف وقدم أن وجه الاجنبية وكفىها ليس بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليها اذا أمن الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسها وان أمن الشهوة فلم يستواء النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهما سواء في مقام رد النص على خلاف ذلك كفى الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كف جرة يوم القيامة فساد كرهه فاما من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية بقوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذا اظهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة أعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع يديه الاماين سترته الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكره هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل في خلالها الاقسام الثلاثة الاخرى من أصل التقسيم كما مضى به خبر لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهده الآن بيان ما بقى منه فلهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين ما عن في تحريره هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفرادها وان كان غير معين فالاولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معان تعريف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الاول تامل تنهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

(قوله لان الشهوة غير موجودة في جانبيه حقيقة) لانه غير ناظر اليها حقيقة واعتبارا لعدم غلبة الشهوة (قوله وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن) أى في الجماع

(٥٩ - (تكملة الفتح والكفاية) - ثامن) نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة (قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الغرض أنه لم ينظر) أقول متى

قال صاحب النهاية أي في الحمام وهذا دليل على أنهم لا يمنعون من الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وعدم كنهن من (٤٦٦) دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وأما حاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال

وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والاول أصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها) وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غص بصرك الآن أمتك وامرأتك ولأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالتنظر أولى الآن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه السلام إذا أتى أحدكم أهله فليستمر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولأن ذلك يورث النسيان لو روي الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ونفخها

لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في لانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك إلى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل إلى محارمه يعني لا ينظر إلى ظهرها وبطنها ونفخها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (والاول أصح) لأن نظير الجنس أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) وهذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة والنسأخ في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من أمته التي تحل له لأن حكم أمته المجوسية التي هي أخته من الرضاع حكم أمته الغيرة في النظر إليها لأن أباحه النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفاء والعير هو الجوارح الوحشية ونحوه بالذكر لأن الإلهي نوع ستر من الاقناب والثغر وقد قيل هو الإلهي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الأولى أن ينظر يعني وقت الوقار روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو غسها في فرجه ليتحرك عابها هل يرى بذلك بأسا قال لا رجاؤن معظم الجرح قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) وهذا هو القسم الثالث من ذلك نظر

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من أولى النهي ولم أشرك في خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد ابتلي بأمته فيما امر كما عرفت وأمر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والنسأخ في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله) وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب السكافي حتى لا يباح لها النظر إلى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها ونفخها كما سيأتي اه أقول ذكر الغخذ هنا مستدرك بل محل لأن عدم جواز نظر المرأة إلى نفس المرأة قد تقر في القول الاول لأن الغخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل إليه من الرجل والذي لا بد له هنا من بيان ما تناز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر إلى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الغخذ في هذا الاثناء بهم جواز النظر إليه في القول الاول (قوله) والاصل فيه قوله عليه السلام غص بصرك الآن أمتك وامرأتك قال في السكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقل بقل وهو يقول بقل بقل ولولم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما من يدي صاحبه اه وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال به لأنه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة واثبتنا لا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر إلى فرج الآخر كيف وقدر روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير مني ولم أر منه اه أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحح أمه الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقل بقل وهو يقول بقل بقل يدل قطعاً على أن يكون اغتسالهما معا معاً ذلك كان على التعاقب لما صرح من المتقدم منها بما طلب تبقيته الماء من الآخر إذا المباشرة وألا هو المتقدم فالتبقيته وطبقته لا وطبقته الآخر لا معنى لطلبها من الآخر وأما الذي في فلان المدعى ههنا بجواز النظر إلى الفرع لا لزوم وقوع البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما من يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فإن التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر إليها مباحا لزوج ما وقع التجرد منها للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم إن مجرد جواز النظر إلى فرج الزوج لا ينفي عدم وقوعه منها نادياً على مقتضى كارهم الأخلاق فلا تدفع بين حديثي عائشة أصلاً (قوله) وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ونفخها

(قوله من أمته التي تحل له) قيد بالحل لأن أباحه النظر إلى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطء وفيما لا يحل من أمته كأمته المجوسية وأمته التي هي أخته من الرضاة كان الحكم في النظر كأمته الغير (قوله تجرد العير) هو

أقول

هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر

فرض ذلك (قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أقول كان لا نسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فإنه لما تقرر فيما مر عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطالقا
 أي وان كان ذارحهم محرمة إلى ما بين مرتته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وان كانت من
 ذوات محارمه إلى ما بين مرتتها إلى ركبته بالاولوية لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ وعنه هذا لم يتعرض
 صاحب المحیط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى
 ظهرها ولا إلى جنبها ولا إلى شيء من ذلك اهـ وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فان
 قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصریح بما علم التمام ما تقدم قلت فينبذ كان الانسب
 أن يقال بدل وفخذها ما بين مرتتها إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها
 وبطنها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومساها اهـ فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر
 الفخذ هو السلول مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عداها أيضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت
 فينبذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه
 في السوء كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة الذنار وأما بذكر
 الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوء أيضا دلالة بالاولوية لكونها أقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين
 قد مدح حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات
 وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنسبة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجي
 وجعل المحرم ههنا مصدرا مما يعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجي فتأمل إلى هنا
 كلامه أقول فيه حال أما أولادها لو كان أصل التركيب المذكور وذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة
 الذوات يحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم
 بنسب إذ لرحم لا يتصور في غير النسب فلا يحال لأن تكون الذكوة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم
 شمول المسئلة للمحرم بسبب لأن الذكوة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالسكينة حتى تنقله من الخصوص
 إلى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور وذوات الرحم المحارم وبين أن يشمل المسئلة
 المذكورة المحرم بسبب تناف لا يتحقق وأما أنا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا مما يعنى الحرمة مع عدم
 استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجي وليس بسد بفتح كالمن قوله مع عدم استعماله فيه من قوله لا يلائمه
 تفسيره بما سيجي في حيز المنع أما الأول فلأنه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضا وقال في البدائع
 النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنسكحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم
 المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلارحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة
 ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرات ونوع منهن من
 ذوات الرحم بلالمحرم كبنات العم والعمة والخالة اهـ ولا يخفى على القطن أن المحرم المذكور في
 مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى
 الحرمة لا غير كافي قوله ذوات المحرم بلارحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلالمحرم يظهر كل
 ذلك بالتأمل الصادق والدقيق الصريح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته
 البالغة وكل ذات رحم محرمة منه كالجدات وأولاد الاولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدورها
 وبطنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين مرتتها إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى
 كل ذات محرم برضاع أو بصرية كزوجة الاب والجدوان علا وزوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المرأة
 المدخول بها فان لم يكن دخل بها انتهى كالأجنبية اهـ ولا يخفى على القطن أيضا أن المحرم المذكور في قوله وكذا
 إلى كل ذات محرم برضاع أو بصرية بمعنى الحرمة دون الحرام إذ لا معنى لأن يقال كل ذات حرام أي صاحبة
 حرام لأن الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لإضافة الذوات اليه وأما الثاني فلأنه إنما لا يلائمه تفسيره

الرجل إلى الوجه والرأس
 والصدور والساقين والعضدين
 من ذوات محارمه جاز دون
 بطنها وظهرها وفخذها وقال
 الشافعي رحمه الله في القديم
 لا بأس بذلك جعل حالها
 كحال الجنس في النظر وهو
 محجوج بحكم الظاهر فإنه
 ثابت إذا قال لامرأته أنت
 على كظهر رأعي فلو كان النظر
 اليه حلالا كان نظرها
 لأن الظاهر تشبيه المحلة
 بالمحرمة

الحمار الوحشي وانما يذبه لان في الاهلي نوع ستر من الاقتاب والشعر

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا بقولهن الا يتواضعوا لله أعلم. واضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة بما سيجي. لو كان مراد المصنف بما سيجي تفسير المحرم الذي هو مقر المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه. وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى. والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه يقرر بصاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال. وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعلمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالزناجر والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفته الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يعين المعنى لثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا لبعوثهن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور وقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة تختل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدخل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدر في حديث قال ولا يحل النظر الى ظهروا وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها ومسها العموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمعاصم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا لبعوثهن الآية فبقي غرض البصر عن وراءها ما موراه واذا لم يحل النظر فامس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظاهر كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهروا ولا الى جنبها ولا عيس شيئا من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمي الظاهر في كونه منكر من القول وروا صورة الظاهر أن يقول الرجل لامرته أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر أو مس لما سمي الظاهر منكر من القول وزور واذا ثبت هذا في الظاهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقر به هذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت كشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرها ذلك ثم استدلل عليه بأنار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لأنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يتخلوا ما أن يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الآن الامر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها من غير استئذان فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي

وقوله (والاصل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة كالحال وأراد المحلل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منه فسادا اذا كان منها عيب فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا تقبلوا ثيابكم في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المذكورة في الزينة الساعد والاذن والقدم لان كل ذلك موضع الزينة كما الرأس فلانه موضع التاج والاكبل والشعر موضع الهرة والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرمط والعنق موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخليل والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح

وقوله لوجود المعنيين يعني

الضرورة وقوله الرغبة فيه

أي في المحرم وقوله في الأصح

متعلق بقوله أو سفاح لأن

اختلاف المشايخ في

المصاهرة بالزنا لاقبحه بالنكاح

فإن بعض مشايخنا رجعهم

أنه قال لا يثبت حمل المس

والنظر بالمصاهرة سفاحا

لأن ثبوت الحرمة بطريق

العقوبة على الزاني لا

يطريق النعمة لأنه لما

ظورت خيانتة مرة لا يؤتمن

ثانياً والأصح أنه لا بأس

بذلك لما بينا أنها محرمة

عليه على التابيد ولا وجه

لقوله ثبوت الحرمة بطريق

العقوبة لأنها تثبت باعتبار

كرامة الولد على ما عرف في

موضع (قال ولا بأس بان

يس ماجازان ينظر إليه منها

لوجود مقتضى الإباحة)

وهو الحاجة إلى ذلك في

المسافرة وانتفاء المانع

وهو وفور الشهوة وقوله

(الأذا كان يخاف عليها)

استثناء من قوله ولا بأس

وكله فوق في قوله عليه

الصلاة والسلام فوق ثلاثة

أيام صله لأن حرمة المسافرة

ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً

فكان كقوله تعالى فإن كن

نساء فوق اثنتين وإذا جازت

المسافرة من جارت الخلو

من لأن في المسافرة خلو

(قوله لأنه لما ظهرت خيانتة

الخ) أقول فيه بحث ثم

الظاهر أن يقال ولأنه الخ

فقلما تشتهى بخلاف ما وراءه إلا أنه لا تنكشف عادة المحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد
بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح
لما بينا قال (ولا بأس بان يس ماجازان ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقوله الشهوة
للمحرمة بخلاف وجه الأجنبية وكيفية حيث لا يباح المس وإن أبج النظر لأن الشهوة متسككة له (الأذا كان
يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فينتدلا ينظر ولا يس لقوله عليه السلام العنان تزنيان وزناهما النظر
واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوار المحارم أغاظ فيصتب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة من)
لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام وليألفها أو معها زوجها أو ذورحم محرم منها

إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وإن كان ذلك لا يصح
في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعاً فلا شك (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد
بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقوله الرغبة كذا في
الشرع وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقوله الرغبة قال ناج الشرعة فإن فعل هذا ينبغي أن لا يقطع إذا
سرق المرأة من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير استحسان واستئذان فوق نقصان في الحرزات
لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فمنع ذلك كونه أهر زادان المحارم من جهة
الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان وهذا يقطعون بسرقه بعضهم من بعض انتهى كلامه
واقترع الزمعي في ذكر هذا السؤال والجواب بينهما أقول ليس الجواب تمام أقوله قلت لا يقطع عند
البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرق لا يدفع
السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضاً في رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع
في حكم المحرم بالنسب متفق عليه وإذا كانت الغلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف فتوجه
السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما مر في كتاب السرق ولا يذنبه عدم
القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فمنع ذلك بما ذكره
شيخ الإسلام خواهر زاده فلأنه لم يكن المحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح
قول المصنف لوجود المعنيين فيه فإن وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير
حشمة واستئذان كما تحققت ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه القاء في قول السائل فعلى
هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرأة من بيت أمه من الرضاع فلا دلي على الاستئذان على كون المحرم بسبب في
حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل القاطع على كفايته صاحب البدائع حيث قال وأما النوع الرابع وهو ذوات
المحرم بلارحم في حكمهم حكم ذوات المحرم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها فأسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ذلك فقال عليه السلام لا يلج عليك فإنه عليك أرضعتك امرأته أخيه انتهى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم
ذوات المحارم بالنسب والمحرم بالرضاع وكذلك المحرم بالمصاهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسباً
وصهرًا

(قوله لوجود المعنيين) وهو الضرورة وقوله لرغبة فيه أي في المحرم وهذا إشارة إلى ما ذكره بقوله فلو حرم
النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج وكذا الرغبة تنقل الحرمة المؤبد وقوله في الأصح متعلق أو سفاح لأن
اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح (قوله ولا بأس بان يس ماجازان ينظر إليه منها)
لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها يقول أجد منها ريح الجنة وكان
إذا قدم من السفر بدأ بمأفعتها وقبل رأسها وقال عليه السلام من قبل رجل أمه فكذا تقبل عتبة الجنة
(قوله لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام) كما مر فوقه مناصلة فإن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً وكان
تظهير قوله تعالى فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها يقول أبجد منها ربح الجنة وكان ذلك لاص

(٤٧٠)

شهوة قطعاً فيجوز المس مع

الاتقاء عن الشهوة ما أمكن

قال (وينظر الرجل من

مملوكة غيره الخ) هذا آخر

الاقسام من ذلك وكلامه

واضح وقوله علاها أي

ضرب علاونها وهي رأسها

بالدرة وقوله (خلافاً لما

يقوله محمد بن مقاتل رحمه

الله انه يباح الا الى مادون

السرة الى الركبة) وجهه

ما روي عن ابن عباس رضي

الله عنهما أنه قال ومن أراد

أن يشتري جارية فلا ينظر

اليها الا في موضع المئزر

وتعامل أهل الحرمين ووجه

العام ما ذكره في الكتاب

وقوله (وأما الخلوة بها

والمسافرة معها) يعني اذا

أمن بذلك على نفسه وعلمها

فقد اختلف المشايخ فيهم

الله فيه فذهب من قال يحل

واعتبرها بالمحارم واليه مال

شمس الأئمة رحمه الله وقيل

وقوله عليه السلام ألا يتخلون رجل بامرأة يس منها سبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرماً فان احتاج الى الاركاب والازوال فلا يباح بان يمسها من وراء ثيابها وباطنها دون ما تحت ثيابها اذا أمننا الشهوة فان خافها على نفسه وعليها ثياباً وطناً أو شكاً فيجب ذلك بجهده ثم إن أمكنه الركوب بنفسه امتنع عن ذلك أصلاً وان لم يمكنه يتكاف بالثياب كيلاً تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاه وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الجانب كحال المرأة ذليلة في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متفتنة بعلاها بالدارة وقال ألقى عنك الخمار يا ذليلة تشبهين بالحرث ولولا هذا لاحتدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الجانب كحال مادون السر الى تركب لانه لا ضرورة كافي المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكما لها في الاماء ولقلة المملوكة تنظّم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقيق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فتدقيل يباح كافي المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والازوال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم بمجرد الحاجة قال (ولا يباح بان يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضاً الجامع الصغير ولم يقل قال مشايخنا رجعهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتبهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتبهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامه تم عرض في ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظاهر والباطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشبهى ويجماع مثلهافهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد ولو جرد الاشياء قال (والخصي في النظر الى الاجنبية كالفعول) لقول عائشة رضي الله عنها لخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله ولانه خل يجماع وكذا المحبوب لانه

(قوله) وقوله عليه السلام ألا يتخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرماً) أقول نقائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرماً ليس بالجدلي من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجاً فهو هذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كره المراد ذلك لجواز أن يتخلوا الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستغاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله) والخصي في النظر الى الاجنبية كالفعول لقول عائشة رضي الله عنها لخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله قال الشارح العيني ههنا يريد ان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها

(قوله) والمراد اذا لم يكن محرماً أي المراد من قوله ليس منها سبيل اذا لم يكن محرماً (قوله) علاها بالدارة أي ضرب علاونها أي رأسها (قوله) اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن أي الضرورة التي لا مدفع لها وفي المحارم بمجرد الحاجة لا ضرورة فيهن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم بمجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا ضرورة وقوله (ولا يباح بان يمس ذلك) أي المواضع التي يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري) كذا في المختصر وأما في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لا يباح بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين (قوله) واذا حاضت الامه) معناه أي بلغت اطلاقاً لا اسم السبب على السبب لان الغالب بلوغها بالحيض وقوله لم تعرض في ازار واحد يعني تؤمر بلبس القميص لان ظهرها وبطنها عورة والمراد بالازار الذي يستتر بين السرة والركبة وقال محمد رحمه الله وكذلك اذا بلغت موضع اجتماع وتشبهى لان المشتهة كالبالغة (قوله) لخصاء مثله) خصاء تزعم خصيته يخصيه خصاء على فعال والاختصاص في معناه خطأ وأما الخصي كافي حديث

يستحق

وأما في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لا يباح بان يمس ساقها وذراعها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

يستحق وينزل وكذا المختص في الردى من الافعال لانه غل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل

وانما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم تلاوا منهم فليغيرن خلقا له وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن شهر بن حوشب ان خصاء مثله ذكره في كتاب الحج الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثله لا يدل على أن أنظر الخصى الى الاجنبية كما يفعل الى ههنا كلامه أقول كل من اراد به ساقط أما الأول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقر في علم الاصول أن مراسيل الصحابي قبول بالاجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند الباقين فهذا القول المرسل الى عائشة رضي الله عنها كان من مراسيل القرن الثاني والثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا أما الثاني فلان قوله فلا يبيع ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتمرات فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا لسمع أو الكذب والثاني منتفق قديم الأول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلو عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقر في علم الاصول حيث قالوا ولانه غل فاسق وجماع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور ههنا فلم يزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المحبوب لانه يستحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويستحق بغض الباء وينزل بضمها أي يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المسمى منزلا منزلة الا لزم للقصد الى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أي فعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة تعالى ما ذكر في المغناح وغيره وليس ذلك المعنى بمتبع ههنا فلا يثبت المطلوب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمه النظر الى الاجنبية لا بحاله وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالشيء حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل

الشيء على فعل فقياس وان لم نسمع والمفعول خصي على فاعل والجمع خصيان (قوله وكذا المختص في الردى من الافعال) قيد بالردى من الافعال وهو أن يكون غير من نفسه احترازا عن المختص الذي في أعضائه لين وفي لسانه تكسر باصل الخلقة ولا يشتمى النساء ولا يكون مجيبا في الردى من الافعال فانه قد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال قيل هو المختص الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المحبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد منه الاله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما هم بطنه وفي هذا كلام أيضا فانه اذا كان شايئا يتخفى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيئا كبيرا قدمات شهرته فحينئذ يرخص في ذلك (قوله والحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه) وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم بحكم فخذ بالحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحس لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحس له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فينتدلا باس بذلك لقوله تعالى أو الغافل الذين لم يظهر واعلى عورت النساء وقد روى أنه كان في بيت أم سلمة رضي الله عنها مختص فلما

وقوله (وكذا المختص في الردى من الافعال) يعني من يمكن غيره من نفيه احترازا عن المختص الذي في أعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتمى النساء فانه رخص بعض مشايخنا رخصهم الله في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال قيل هو المختص الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المحبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد منه الاله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما هم بطنه وفي هذا كلام أيضا فانه اذا كان شايئا يتخفى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيئا كبيرا قدمات شهرته والاصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المشاهيات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم بحكم فخذ بالحكم ونقول أشار المصنف رحمه الله بقوله بالحاصل انه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل

(قال المصنف والحاصل انه يؤخذ فيه) أقول أي في المختص الذي أعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله تعالى) أقول الطلاق المحكم لعله على التشبيه

فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطغسل الذين لم يظهر راعلي عورات النساء أي لم يظلموا أي لا يعرفون العورة ولا
يعيزون بينها وبين غيرها وقوله (٤٧٢) ولا يجوز للمملوك وأصح وقوله (والمراد بالنص الاماء) يريد بالنص قوله تعالى أو مملكت

أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمه الله به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد ابن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد به بالنسبة ليتناول السعدين (والحسن وغيرهما) سمرة ابن جندب (لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور) ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلودخلوا في قوله تعالى أو مملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بان نظير الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله تعالى أو نسا من ذلزلت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبيان الاماء لولم تكن مراد من قوله تعالى أو نسا من ذلزلت هذه الآية على الاماء لولم تكون مرادة من قوله تعالى أو مملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على أحد ان لامة أن تنظر الى سيدتها كالأجنبيات والمالك ان لم يزد فوسعة فلا أقل ان لا يزيد تضييقا وأجيب عن الأول بان المراد بالنساء الحرات المسلمات اللاتي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة أن تجرد

فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للأجنبي النظر اليه منها) وقال مالك هو كالحرم وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى أو مملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا أنه غل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمتهم غير اذنهن ولا يعزل عن زوجته الا باذنهن) لانه عليه واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أي في الخنثى في أعضاءه لمن وتكسر باصل الخلق ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام اه أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلا يصح أن يؤخذ في كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة أعني الخصى والمحبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلار يب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا ليعولنهن الآية فامعنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكره أولا جامع للصورتين الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلا ن كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في حيزها تفصيلا لذلك التفصيل وهذا انما يتصوره اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سبب الأول اريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه الخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كزعمه ذلك لبعض فانه لا يكون حينئذ اسكامة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة (قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد به بالنسبة حاصر رسول الله عليه السلام الطائفة قال لعمر بن أم سلمة اذا دفع الله علينا الطائفة أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل باربع وندبر بثمان فقال عليه السلام أو هذا لا يدخلن هؤلاء عليكم كذا في الايضاح ومعنى قوله تقبل باربع وندبر بثمان المراد عكن البطن العكن جمع عكنة وهى العلى الذى يكون فى البطن من السمن أى هن أربع اذا قبلت وثمان اذا دبرت لان لكل عكنة طرفين الى جنبها (قوله وقال مالك رحمه الله هو كالحرم) وهو أحد قول الشافعي رحمه الله قوله تعالى أو مملكت أيمانهن ولا يجوز ان يحمل على الاماء لانهم دخلن في قوله أو نسا من ولانه لا يشكل أن لامة أن تنظر الى سيدتها كالأجنبيات ولان بينهما ما بين محرما للنكاح فكان كالحرم وباحثة النظر ثم لحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته قلنا المراد من قوله تعالى أو نسا من الحرات المسلمات لانه ليس للمؤمنة أن تجرد بين يدي مشركة أو كاذبة كذا عن ابن عباس رضى الله عنه والظاهر أنه عني بنسائهن من في صحبتهن من الحرات ونساء كلهن سواء فى حل بعضهن الى بعض والمراد من قوله أو مملكت أيمانهن الاماء كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضى الله عنهما والموضع موضع الاشكال لان حالة الامة تقرب من حالة الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل أنه هل يباح له التكشف بين يدي أمته ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى أو نسا من لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرات دون الاماء وأما حرمة المناكحة بينهما على عرصة الزوال فكانت في حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معدته ولان وجوب السر عليها المعنى خوف الفتنة وذلك موجود هنا وانما يعدم ذلك بالحرمة المؤبدة لان الحرمة المؤبدة تعطل الشهوة وأما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الحشمة فكان ادعى الى خوف الفتنة وجوب السر والبلوى غيره فحقه لان العبد لا يقدّم خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل من اتخذ عبدا خلفه مدخل البيت فهو كشفا وهو الذي لا غير له (قوله كما قال سعيد)

(قوله أى لم يظلموا) أقول فقوله لم يظهر راعلي عورات النساء (قوله ليتناول السعدين) أقول فليزمن الجمع السلام بين معنى المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد (قوله فلودخلوا في قوله تعالى أو مملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولوه مع ملة كره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية يتوبين قوله الا ليعولنهن الآية ما لم يفتح جواب بانه

السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنهم وقال لمولى أمته اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء
للاشهوة وتحصيل الولد ولهذا تخير في الحب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلم يذال ينقص حق الحرة بغير
اذنهم ويستبد به المولى

ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه
ورده صاحب الغاية حيث قال أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما
أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حيثئذ أن يكون
للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا اظهر أن مراد هؤلاء الشراح
بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البديل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا
شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البديل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق النقرازي في التساوي
والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البديل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه
على سبيل الشمول في الاطلاق واحد كما تقر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليقه غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليقه غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كذا دخله ليس بشيء أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد
ابن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن
جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد من هؤلاء الاما كان علما لكل واحد
منهم ما بل لقد صرح به زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما
ذهب اليه هؤلاء الشراح لزم ترك النسبة ووضح الاطلاق وأما أنه في فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام
المشتركة مما تقرز أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وضع لمعان
لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستغاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضا لا ريب وان أراد بها
الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمنسوبة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد
بوضع متعدد أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع
واحد بل لكل واحد من هذه الموضوع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب الغاية على كون المراد بالنص
الاماء بوجه آخر حيث قال ولان المذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلودخلوا
في قوله عز وجل أو ما مملكت أي ما من لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلانه يقتض
بخطاب الاناث أيضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضن من أبصارهن فان مقتضى ما ذكره أن لا تدخل
الاماء أيضا في قوله عز وجل أو ما مملكت أي ما من بناء على لزوم التعارض بينهما بين قوله تعالى وقل للمؤمنات
يغضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه يجمع عليه وأما ما نينا فلان اللازم من كون المذكور من المالك
مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من
يجب غض البصر عنه وهو الذي يمنع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعيض كما صرح
به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية بمنجلة في حق من منع
النظر اليه فلودخل المذكور من المالك في قوله تعالى أو ما مملكت أي ما من لم يلزم التعارض بين الآيتين
أصلا وانما يلزم أن تكون احدي الآيتين مبينة للآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن
مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما مملكت أي ما من على تقدير أن لا يدخل فيه ذكر المالك كالمهو
مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الابعوثن أو ما من أو ما بغضوا لهن الى آخر الآية كلها مبينة
أطلق اسم السعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما ذكرنا والمادة من قوله وغيرهما مسموعة

بين يديه شركة أو كناية
كذا عن ابن عباس رضي
الله عنهما والظاهر أنه
أريد به ما من من
من الحرائر مسلمة كانت أو
غيرها والنساء كلهن في
حل نظر بعضهن الى
بعض سواء والمراد من
قوله تعالى أو ما مملكت
أي ما من الاماء وعن الثاني
بأن حال الامية يقرب من
حال الرجال حتى تسافر من
غير حرم فكان بشكل
أنه يباح لها التكشف بين
يدي أمها ولم يزل هذا
الاشكال بقوله أو ما من
لان مطلق هذا اللفظ تناول
الحرائر دون الاماء والباقي
واضح والله أعلم
مستثنى الجواب

ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح * (فصل في الاستبراء وغيره) * قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقر بها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)

للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره) فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله واذا تزوج أمة فالأذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الأذن اليها قال في البدائع وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل واجب النقص فيه ولا يجوز البس بحق الإنسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لما كان خوف فوت الولد الذي له فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامتة وقوله اسم فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لاماه وهو يجامع امرأته من غير أنزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه يصنع ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لافيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيها يطلحقها ألا يرى أن للزوج حق الخصومة في الحب والعنة بخلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لاماه وهو يجامعها من غير أنزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل ندر

(فصل في الاستبراء وغيره) قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فانه يتضمن المحس فانه منى عن المس منى عنه فلهذا عتونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانهم ما قالوا الآن الاحتراز عن العطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بان الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ابل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فانما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فافنى ينصرون أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما نبهنا عليه وأيضاً لا معنى لقوله فلهذا عتونه بالوطء لان النهى عن المس اذا كان منى عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسئلة

جنب فانه كان يقول كقول السعديين ذكره في التيسير (قوله ولو كانت تحته أمة غيره) فقد ذكرناه في النكاح وهو قوله واذا تزوج أمة فالأذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان الأذن اليها الى آخره

(فصل في الاستبراء وغيره) استبراء الجارية طلب براءة زوجها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاثة مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي عليه السلام (قوله حتى يستبرئ الصواب بالهمزة) كذا في المغرب

(فصل في الاستبراء وغيره) آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبراء الجارية أى طلب براءة زوجها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

(فصل في الاستبراء وغيره) (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فانه يتضمن المحس فانه منى عن المس منى عنه فلهذا عتونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أى مقيد بزمان

أما وجوبه فمحمّد بن سبأ أو طاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحبضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع أبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد المكنة منه وذلك (٧٥) لا يكون إلا للوجوب وأما سببه فهو

استحداث الملك واليد
لأنه هو الموجود في مورد
النص وأما علته فهي إرادة
الوطء فإنه لا يحل إلا في محل
فارغ فيوجب معرفة فراغه
وأما حكمته فهو التعرف
عن براءة الرحم صيانة
للحمية المحترمة عن الاختلاط
والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل
أو توهمه

والاصل فيه قوله عليه السلام في سبأ أو طاس ألا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحبضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسئلة وهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص وهذا الان الحكمه فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للحمية المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه

كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظراً من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طاقها زوجها بعد أن اشترىها وقبضها وكانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشترىها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور وكما صرحوا به وبظهر عما ذكرنا في حبسلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور داخل في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييد هاتيك يخرج تلك الصور (قوله لأنه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبب من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبب فأن الظاهر أن المالك في صورة البيع والهبة والخلع والسكابة يستبرئ صيانة لماله ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط إذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبب في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى لأنه أي استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسبب مبنية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبب ممنوع فان ما ذكره من الحكمه فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد ممنوع غير مدخل فيه للسبب كما لا يخفى على من تأمل في تقر المصنف في بيان الحكمه فيه وبين علة الحقيقة وما يكون ذلك لعلها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبب في السببية باوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونهم مسيبة لان كونهم مسيبة مضافه والاضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها لو كانت وقته ويداه والمؤثر كما ذكر في الكتاب اه ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المالك في صورة البيع والهبة والخلع والسكابة يستبرئ صيانة لماله ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع وله ما يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب من أين كان استبراء المالك قبل مباشرته السبب ظاهر وأول من سلم كونه ظاهراً بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة ماله فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المالك بناء على توهم شغل الرحم بما يحترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سبق فظهر من البيان الاتي في الكتاب (قوله وهذا الان الحكمه فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للحمية المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أو رد عليه صاحب الامصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون

(قوله أفاد وجوب الاستبراء على المولى) لان النهى عن الوطء مع المالك وهو المطلق الحاصر يدل على وجوب الاستبراء لأنه لو لم يجب للمانع المالك عن استيفاء حقه والنهي أبلغ عن النهى (قوله وهو استحداث الملك واليد) لأنه هو الموجود في مورد النص يعني أن الموجود في مورد النص وهو قوله ألا توطأ الحبالى ليس الا استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولما منع الشرع عن الوطء مع المالك لا يخلو عن حكمته وهي صيانة الماله عن الخلط بما غيره ولا يجوز أن تكون الحكمه موجهة لان الحكمه متعقبة والعلة سابقة تؤذ كثر غير الاسلام البرذوى رحمه الله في البسوط أن علة وجوب الاستبراء إرادة الوطء فإنه متى أراد الوطء ولا يحل له إلا في محل فارغ فيجب عليه أن يتعرف براءة الرحم حتى لا يصير سابقاً لما هو زرع غيره وفيه حكمه صيانة الولد غير ان إرادة الوطء لا يتوقف عليها حقيقة تفيد ارا الحكم على التمكن من الوطء فاقم التمكن من الوطء مقام إرادة الوطء

(قال المصنف والاصل فيه
قوله عليه الصلاة والسلام
في سبأ أو طاس ألا توطأ
الحبالى حتى يضعن جلهن
ولا الحبالى الخ) أقول جمع
الحائل وهي التي لا حبس
لها وقيل انما قال الحبالى
لتراوج الحبالى والقياس
أن يقال الحوائل لأنها جمع
حائل ونظيره الغدايا والعشايا
كذا في شرح السكاكي
والقياس الغدايات (قوله
مسع وجود الملك المطلق)
أقول تأمل في مدخلية هذا
القياس في افادة النهى
الوارد على أبلغ وجه وجوب
الانتهاء فانها ليست
بظاهرة الآن يقال لو لم
يوجد ذلك لكان النهى
لتأكيد الوجوب المعلوم
سابقاً (قوله وذلك لا يكون
الا للوجوب) أقول أي
لوجوب الانتهاء (قوله لأنه
هو الموجود في مورد النص)

أقول في الحصر كلام فان السبب من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبب فأن الظاهر أن المالك في صورة البيع والهبة والخلع والسكابة يستبرئ صيانة لماله ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المالك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع وله ما يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب من أين كان استبراء المالك قبل مباشرته السبب ظاهر وأول من سلم كونه ظاهراً بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة ماله فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المالك بناء على توهم شغل الرحم بما يحترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سبق فظهر من البيان الاتي في الكتاب (قوله وهذا الان الحكمه فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للحمية المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أو رد عليه صاحب الامصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون

الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقية
أرادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه

انعلاق الولد الواحد من ماء من لعدم إمكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاء فكيف بنوا
ههنا حكمنا بالاستبراء على جوازه اه أقول ليس هذا بشئ إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قواهم ميانة
للصياح المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد
من أي ماء انعلق يرشد إليه قول المصنف والنسب عن الاستبراء ويعم عنه قول صاحب الكافي في تعاميل
الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف برأه فخرجها فجاءت بولد فلا يدري أنه منه أم من غيره اه والذي ينكرونه
انما هو اختلاط الماء من اختلاط حقيقي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله) وذلك عند حقيقة الشغل
أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطنة سليمة أن في مرجع ضمير
هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب
الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد بحيث
يمكن اثبات نسب من غيره اه أقول فيمخلل فإن تقريره المذكور يشعر بارجاعه ضميره إلى توهم الشغل
بماء محترم وليس بسديد لأن الأمر في حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل
على أنه لم يذكر ما يجمع حل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضميره هو الراجع إلى توهم الشغل
على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد
ثابت النسب حتى يصح حله عليه بالمواطأة نامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب
أي الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن قياس اه أقول فيه أيضا خلل فإن
الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضميره هو هذه اللفظ هو أن يكون الولد
ثابت النسب بل لأرادة الوطء نظر إلى علته ولتعرف برأه لرحم نظر إلى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب
فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءته به المرأة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك
الولد منه لسكون فراش الأمة ضعيفا على ما عرف في محله فامعنى القول بان الاستبراء لأن يكون الولد ثابت
النسب فتأمل وأقول في حل المقام أن ضميره هو ههنا راجع إلى ماء محترم مذكور قبله فاعني وهو أي الماء
المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة أن كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون
الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الأمة من قبل في ذلك الغير نكاحا أو عينا فتدبر قال تاج الشريعة
وانما عقيدته بماء محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية إذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها
لأنه أخرج الكلام بخروج أوضاع الشرع لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا في الحلال اه كلامه موافق في أثره
صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بان لا يكون من بغي وقال وانما عقيدته بذلك
وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطؤها جلال الحال على الصلاح اه
وسلك بعض المتأخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصدوا التوجيه لأول حيث قال ولا يكون
من بغي لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزنية وطؤها جائز بلا استبراء فاجاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق

بماء محترم بان لا يكون من
بغى وانما عقيدته بذلك وان كان
الحكم في غير المحترم كذلك
فإن الجارية الحاملة من
الزنا لا يحل وطؤها جلال الحال
على الصلاح أما الحكمة فلا
تصلح لإضافة الحكم إليها
لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون
الولد الخ) أقول أي الاستبراء
لأن يكون الولد الخ وحذف
الجار مع أن وأن قياس
(قال المصنف لأن العلة
الحقيقية أرادة الوطء)
أقول لعل المراد هو التمكن
الشرعي (قوله) وانما عقيدته
بذلك إلى قوله على الصلاح
أقول قوله جلالا لتعليل لقوله
وانما عقيدته قوله فإن الجارية
تعليل لقوله كذلك قوله
ولتأخرها عنه) أقول وللبطء
منها

وذلك لا يتحقق بنفس الملبس انما يتحقق بالمال والقبض فان قيل أرادة الصلاة سبيل وجوب الطهارة فلذلك لان
أرادة الصلاة حقيقة لغرضية الصلاة ولا كذلك أرادة الوطء ولا يقال الموجب كونه ماسية لان في جعله علة
سد باب القياس وأنه متزوج بالنصوص (قوله بماء محترم) وهو أن يكون الولد ثابت النسب
انما عقيدته بماء محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية إذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها قبل
الاستبراء اخراجا لكلام مخرج أوضاع الشرع تنبيه على أنه لا ينبغي أن يكون إلا ما هو مشرع وحسن هذا
تنبيه قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسىها والحكم في العمد كذلك الآن الظاهر من حال المسلم أن

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك والبسد فانصب سببا وأدبر الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحسان ملك الرقبة المأثور كد باليد وتعدي الحكم

الزنا بجوازهم مع احتماله أولى ولا مرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذات شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها ذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لتلاصقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيمنخل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للحدى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئها لازم وجوب الاستبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للتملك بلا استبراء الذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزني فترجوها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبو يوسف وقال محمد لا أحبه أن يطأها ما لم يستبرأ لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كفى الشراء واهما أن الحكم بجواز النكاح أماوة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز زعم الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملك فلا يتم التعريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا بجوازهم مع احتماله أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا لوطء بلا استبراء لا يرفع وجوب الاستبراء في باب تلك الجارية بالكلية اذا احتمل الزنا غير منف في كل جارية بلوكة وان كان مراده أنه اذا جاز وطؤها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا بجوازهم مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التعريب كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك الشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها ذلك عدم حله لشغل محتمل انما يثبت لو كان الاحترام في قول المصنف بماء غيره قيد التوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا الظاهر من كلام المصنف أن يكون قيد المجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهمها أن يكون الولد الحاصل منه ثابتا نسباه فاذا كان قيد المجموع برد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشغل حقيقة بماء غيره يترجم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لتلاصقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فالتنقض به التقيد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكّن منه أراد وردد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال لعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكّن منه يريد والتمكن انما يثبت بالخ والمرار من المتمكّن هو المتمكّن الشرعي انتهى أقول كل من اراده وما اختاره ليس بنام الا الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشيء انما يكون عند القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهي عن الوطء والنهي انما يستقيم عند تمكّن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المتأمل لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فله كيف يكون المراد من المتمكّن ههنا هو المتمكّن

لاتقوته الصلاة عدا ولا ينبغي أن لا يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم والنسيان فكذلك ههنا (قوله وانخلع والكتابة) بان جعل الامتدال لخلع أو بدل الكتابة (قوله وغير ذلك) بأن يملكه بصدقة أو ببغية دفعت

وأما العلة ههنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكّن منه أراد وردد عليه التمكن بالملك والبسد فانصب سببا وأدبر الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا ههنا في المسببة ثم تعدي الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث وانخلع بان جعلت الامتدال بدل انخلع والكتابة بان جعلت الامتدال بدل انخلع فان قيل الواجب ورود في المسببة على خلاف القياس لصعق المطلق كذا كرم فهو لا يقتصر عليها فالجواب أن غيرها في معناها حكمية وعلة وسببا فالحق به ادلة

(قال المصنف وأدبر الحكم عليه) أقول وجودا وعدما كما يجبي في هذه الصيغة (قوله فان صحيح المزاج اذا تمكّن منه الخ) أقول فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكّن منه يريد والتمكن انما يثبت بالخ والمرار من المتمكّن هو المتمكّن الشرعي

وإذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بأن يباع أبوه أو وصيه وإن كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج إلى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة (٤٧٨) ومن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهي موطوءة أبيه وكذا إذا

كانت بكرًا لتحقيق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أثنائها وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتالي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاستحداث قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أي بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقيق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء على الآتية) يعني التي ألفت في دار الاسلام ثم رجعت إلى مولاها فان ألفت في دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم قوله وقال أبو يوسف يجتزأ بها) أقول الأولى تأخير عن قوله ولا بالولادة (قوله إشارة إلى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول

فان قبل المشتري شراء فاسد ملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف إلى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

الشرعي والظاهر أن التمكّن الشرعي محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه والمفروض أنه هو التمكّن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكّن هو التمكّن الشرعي دون التمكّن الطبعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكّناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل (قوله) وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحل له وطؤها وكذا إذا كانت المشتراة بكرًا لم توطأ لتحقيق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لحفظها) وعن هذا قالوا إن الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فرد واعرّض عليه صدر إليه حيث يجب على ولي الجنابة الاستبراء (قوله) وكذا يجب على المشتري من مال الصبي) بأن يباع أبوه أو وصيه (قوله) والمملوك) بأن يشتري من العبد المأذون أو المكاتبة فان اشتراها المولى من عبده تاجر يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله في جواب الاستحسان وصورة ذلك ما ذكر في المبسوط فان اشتراها من عبده تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولدين عليه لان المولى ملك رقبتهما من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفي بذلك من الاستبراء كلوا اشتراها له وكيله فحاضت في يد الوكيل حيضة فان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد وجهما الله لان عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا الوعاء عتقه جازعته فاما عند أبي حنيفة فترحمه الله ففي القياس كذلك لان العبد ليس من أهل أن يثبت له عليهما ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للفرعاء أيضا بسبب دينهم والمولى أحق بهما حتى يملك استخلاصها بنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بهما يجتزأ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرأ بعد ما يشتريها من العبد لانه قبل الشراء كان لا يملك رقبته اعنده حتى اذا عتقها لم ينفذ عتقه فتمت له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرأ (قوله) ومن لا يحل له وطؤها) بأن كانت الجارية أخت البائع من الرضاع أو كان البائع وطئ أمها أو وطئها أبوه أو ابنه (قوله) فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل) أي ما في حق المكاتب والمأذون وظاهر وكذا إذا كانت بكرًا لان الشغل بالكراهة محتمل أما إذا كانت أصغر أو امرأة فتوهم الشغل نابت أيضا بنسكاح أو سفاح (قوله) خلافا لابي يوسف رحمه الله) فان عنده يجتزأ بتلك الحيضة التي تنقضي بها الرحم كلوطا قبل الدخول لا يجب العدة لذلك (قوله) ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآتية) أي فيما اذا ألفت ولم تخرج من دار الاسلام وأما لو ألفت ودخلت دار الحرب ثم أخرجت إلى دار الاسلام بغنمة

سبب متعين فادبر الحكم عليه وجودا وعدمه وله انظار كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه أولا احتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهورها الجبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يمتثل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فلا طلاق في الدواعي لا يقضى الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتغضى اليه

الشريعة في شرح الوقاية وأجاب حيث قال برده عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة فإذا كانت الامة بكرا أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الأنواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبائا أو طاس ألا توطأ الحبالى حتى يضع حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحضرة فان السبائا لا تخلون أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم نأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور وبوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشرية ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلماذا كره في الكافي من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجهه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرافها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور وعلى أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعلم الحكم تلك الأنواع لتلك الحكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشئ فان شرح الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فمنها ما لا يتيسر وقوف الشرع عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كلنا نحن فيسه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انهم اتعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانسباب عن الاشتباه وذلك عذر حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما يحترمه وهذا لا ينافي بنبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان ما له الاعتراف بعدم صلاحه متاعده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجمل عليه المنشوع ثم أقول بقي شئ آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتمام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس المطلق للاستماع به وهو الملك كما صرح به في العناية وغيره وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فأني يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدله قوله قياسا

أو بشراء وأخذها المولى قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحباه يجب كذا في فتاوى فاضل خان رحمه الله (قوله وله انظار كثيرة) منها إذا كاتب أمة ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار ثلاثة أيام وسلم الى المشتري ثم أبطل البيع في مدة الخيار ومنها لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها ثم استردها وكذا إذا أعادها ثم استردها (قوله وعنه شهران وخمسة أيام) كان يقول أولا أربعة أشهر وعشرة أيام اعتبارا بعدة الوفاة في الحرية ثم رجع وقال شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة وفاة الامتوع عليه الفتوى لانه متى صلحت هذه المدة لتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الاماء فلان يصلح لتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه أولى

ملكوها وقوله (حرم الدواعي لافضائها اليه) أى الى الوطء كما اذا طاهر من امرأته فله حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه

وقوله (ولم يذ كر الدواعى فى المسببة) يعنى فى ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل
هى المسببة الى الفرع وهو غيرها (٤٨٠) بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسببة دونها وأوجب بان ذلك باعتبار اقتضاء

الدليل المذكور فى الكتاب
فيه نظر من وجهين
أحدهما أن التعدى ان
كان بالقياس فالجواب
لمذ كور غير دافع لان
عدم التغيير بشرط القياس
بما عرف فى موضعه وانتقله
لشرط يستلزم انتقاء
المشروط والثانى أن مادل
على حرمه الدواعى فى غير
لمسببة أمرا ان الاقتضاء والوقوع فى غير الملك فان لم
الوقوع فى غير الملك فان لم
محرم بالثانى فلتحرم بالاول
الحرمة تؤخذ بالاحتياط
يمكن أن يجاب عنه بان
التعدى هنا بطريق الدلالة
بأنه قدم ولا يبعد أن يكون
الحق دالة حكم الدليل
يكن للملحق به لعدم
الدليل ههنا أن حرمه
دواعى فى هذا الباب
بجته فيه ولم يقل بها
لشافعي وأكثر الفقهاء
رحمهم الله فلما كان علمها
بالمسببة أمرا واحدا لم
تبرر ولما كان فى غيرها
مران تعاضدا اعتبر
قوله (على ما بينا) إشارة
لأقوله والرغبة فى المشتراة
صدق الرغبات وقوله لما
وبنا إشارة الى قوله عليه
صلاوة والسلام ولا الحبالى
فى بعضن جلهم وقوله
إن ارتفع حيفها) أى
تدطرها فى أو ان الحيف

علوها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمعنى مدة تدل بحامل

وله ولا يبعد أن يكون اللاحق دالة حكم الدليل، أقول لم لا يجوز مثل ذلك فى القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط
بما بينا (قوله وقوله على ما بينا إشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة الى قوله ولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور

علي أن الحبل لو كان أظهر
وليس فيها تقديره في ظاهر
الرواية عن أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله لأن
مشايخنا رحمهم الله قالوا
يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة
على ما ذكر في الكتاب الخ
قبل والاول أصح وهو أن
يتر كها شهرين أو ثلاثة
أظهر الحبل في ذلك غالباً
وقوله (ثم يشتريها ويقبضها
أو يقبضها) لفوض
يعني يشتريها ويقبضها
أذ زوجها البائع أو يقبضها
أذ زوجها المشتري قبل
القبض وقيد بقوله من
يؤتي به لأنه إذا لم يؤت به
ربما لا يطلقها فمكان
احتمالاً عليه لاله والحيلة في
تمشية هذه الحيلة أن
زوجها على أن يكون
أمرها يده يطلقها متى شاء
وقيد بقوله ثم يطلق الزوج
يعني بعد القبض لأنه إن
طلقها قبله كان على المشتري
الاستبراء إذا قبضها في
أصح الروايتين عن محمد
رحمهما الله لأنه إذا طلقه قبل
القبض فإذا قبضها والقبض
بحكم العقد بمنزلة العقد
صار كأنه اشتراها في هذه
الحالة وليس في نكاح
ولا عدة فيلزمه الاستبراء

الحبل ودعوة البائع فان
بذلك يظهر الفرق بين
المسببة والمشتراة ولا وجه
لجعله إشارة إلى ما ذكره
كما لا يخفى

بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل بتبين بشهرين أو ثلاثة عن محمد أربع أشهر وعشرة
أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبروا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنان وهو رواية عن أبي حنيفة قال
(ولا بأس بالاحتمال لا سقط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً له) وقد ذكرنا وجهين في الشفعة والمأخوذ
قول أبي يوسف فيما إذا علم أن الباء لم يقر به في طهرها ذلك وقول محمد فيما إذا قر به أو الحيلة ذالم يكن تحت
المشتري حرة أن يتزوجها قبل المشتري ثم يشتريها أو كانت فالحيلة أن تزوجها البائع قبل الشراء أو
اشترى قبل القبض من يؤتي به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو
استعداد الملك المؤكد بالقبض

هذا خبط ظاهر إذا فرق بين المسببة والمشتراة في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصداً في الرغبات فكيف
يصح أن يشتر المصنف في بيان الخلاف بينهما إلى ما لا فرق بينهما فيه صلاً وانما الصواب أن قوله على ما بينا
إشارة إلى قوله أولاً احتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع أذهو الفارق بين المسببة
والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأن لا يتحمل وقوعها في ملك الغير لأنه لو ظهر بها حبل لانه مع دعوة الحرة
اه (قوله والاستبراء في الحامل بوضع الحبل المار وينا) قال صاحب العناية وقوله المار وينا إشارة إلى قوله
عليه السلام ولا الحبال حتى يضع جنهن انتهى أقول قدسها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي
رواه المصنف في ما مر حيث قال ولا الحبال حتى يضع جنهن مع أن لفظه لا لا توطأ الحبال حتى يضع
جنهن ولا الحبال حتى يستبرأ ولعمري أن هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان
القلم فالتدبير حافظاً (قوله والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال
بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيد بها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقيد قال الامام
فاضل خن في فتاواه في تصور المسئلة إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في
نكاحه حرة ثم يدها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء
كما لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث
الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم
التزوج وان عسر له كونه قبضاً بحكم الشراء إلى هنا كان ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولاً فلا يلزم جزم
بوجوب تقيد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام فاضل خن في
فتاواه وليس بتمام فان ما ذكره الامام فاضل خن انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ واختار نفسه وأما
عام المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني
وان لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم
يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن النكاح ثبت له عليها الفرائض فأنما اشتراها وهي في فراشه وقيام
الفرائض له عليها دليل شرعي على فراغ حرام من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق
المسئلة ولم يقيد بكون القبض قبل الشراء وأما ثانياً فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء
وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد
بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى إلى قول المصنف
فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استعداد الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء
وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً
بفساد النكاح تلك اليمين تامل تعق ثم قال ذلك البعض ثم إن صاحب الكافي سلك طريقاً المصنف ولم
(قوله من يؤتي به) لأنه إذا لم يؤت به ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود وفي فتاوى فاضل خن رحمه الله وإذا
اشترى جارية يتوعد أن تزوجها قبل القبض وخاف أنه لو تزوجها من عبده أو أجنبي ربما لا يطلقها تزوج
فالحيلة أن تزوجها على أن يكون أمرها يده يطلقها متى شاء

وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالة لا يجب الاستبراء) لأن القبض اذ ذلك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مريلا للممكن وقوله (كما إذا كانت معتدة الغبر) يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالة للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجديد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يباس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حزمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله (لأن الحيض عند شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنهما من مسائل باب الظهار

إذا لم يكن فرجها حلالة لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أو أن وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يباس ولا يقبل ولا ينظر إلى قربها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي لا قضاء اليأس لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كافي لا عتكاف والأحرام وفي المنكوحه إذا وطئت بشبهة بخلافه الحيض والصوم لأن الحيض عند شطر عمرها والصوم عند شهر فرضا أو أكثر العمر فخلا في المنع عنها بعض الخرج ولا كذلك ما عدها للقصور مددها وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يلتفت إلى هذا الشرط لأنه صورة المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصب على عدم الاشتراط به وعلى المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورة من معانقال والحيلة أن لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجهما قبيل الشراء ثم يشترهما فيقبضهما فلا يلزم الاستبراء لأن النكاح ثبت له عليها الغراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الغراش له عليها دليل شرعي على تبيين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل لم يتجدد بذلك الرقبه تلتانها كانت حلالة بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا تسلم عدم تجديد الحل بذلك اليمين فانهم وإن كانت حلالة بالنكاح الآن زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء ما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بذلك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلغظ بالقبض اشترى بهذا يجب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلغظ بالحرف الأخير في اشترى هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سائما أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل إلا أنه حدث حل هو ثم ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لأننا منع ذلك بل الواجب حصول الحل بذلك اليمين بعد أن لم تكن حلالة بسبب من الأسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد حمل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه زمان وجود الملك حال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا الممازح إلى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أوردته في خاتمة كلامه ليس بشئ فانه إن أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وإن أراد به أنه يتعقبه زمانا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع وزوم تأخره عنه إذا ما سلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولا يمكن لا يلزم منه لزوم زمان ما عن الحل مطلقا فحين نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لأن الحيض عند شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقفي أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج البراية أي قريبا من شطر عمرها وهو الثالث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية توقيفه نظر لانه يشير إلى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدلل به الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة أن تقعد أحدها من شطر عمرها وتصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية بنفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحمل وزمان الأياس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر وإذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان معار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك أنه إذا كان الشطر هو النصف كما أشار إليه صاحب النهاية هذا ونص عليه الجوهري في معناه وانظر في في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم

(قوله كما إذا كانت معتدة الغبر) يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالة لم يترى فإلما يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجديد السبب (قوله لأن الحيض عند شطر عمرها) أي قريبا من شطر عمرها

نظر لانه بشير الى أن الشطر
هو النصف ويتقوى بذلك
استدلال الشافعي رحمه الله
علينا بالحديث على أن
أكثر الحيض خمسة عشر
يوماً وقوله (ومن له أمتان
أختان فقبلهما) هذه على
ثلاثة أوجه أما أن قبلهما
أول قبلهما وقبل أحدهما
فان لم يقبلهما أصلاً كان له
أن يقبل وطناً أو أيتها شاء
سواء كان اشتراهما معاً أو
على التعاقب وان كان قبل
أحدهما كان له أن يطأ
المقبلة دون الأخرى وأما إذا
قبلهما بشهوة وفيد بذلك
لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون
معتبراً فالحكم ما ذكره في
الكتاب وهو مذهب على
رضي الله عنه باطلاق قوله
تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين وكان عثمان
رضي الله عنه يقول
أحلتهما آية يعني قوله
تعالى أو ما ملكت أيمانكم
وحرمتها آية يعني قوله
تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين والاصل في الابضاع
الحل بعد وجود سبب الحل
وقد وجد وهو ملك اليمين
قال المصنف رحمه الله (ولا
يعارض بقوله تعالى أو
ما ملكت أيمانكم لان
الترجيح للمعبرم) لا يقال
يجوز أن يكون المراد
بالجمع بينهما نكاحاً فلا
يتناول محل النزاع لان
النكاح سبب مشروع
لوطاً فحرمة الجمع بينهما

يقبل وهو صائم وإضا جع نساء وهن حبيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجمع واحدة
منهما ولا يقبلها ولا يحسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى تلك فرج الأخرى غير تلك أو نكاح أو
يعتقها وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطناً لا طلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمعبرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي
لا طلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما ههنا من قبيل فاذا قبلها حافاً كانه
يكن مجالاً لسكون الشطر هناك على حقيقة لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما ينبغي ان لا بد وأن يحتمل على المجاز
بان يكون المراد به ما يقارب الشمار كذا كروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضاً فكان صاحب
العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو
الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب
من خمسة عشرة يوماً وهي نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لا يجيء إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول
ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف
الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون
الشطر حقيقة في معنى البعض أيضاً فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم أنه
حقيقة في معنى البعض أيضاً فليس معنى البعض بمناسبت للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها
لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيضاً حاله الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في
نصف عمرها وفي قريب من نصف عمرها الطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المقتضى الى الحرج فلذلك حل صاحب
النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف ههنا على النصف وأوله بما يقرب من النصف ليوافق مذهبننا في أكثر
مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطناً لا طلاق قوله تعالى وأن تجمعوا
بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمعبرم) قال تاج الشريعة فان قلت
الاصل في الدلائل الجمع وأمكن ههنا بان يحتمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ما ملكت أيمانكم على
ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحاً وجد ههنا وهو قطعة الرحم فثبت الحكم ههنا أيضاً
ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص اجتماعاً فان أمهوا أخت من الرضاع والأمة المجوسية حرام فلا يعارض
ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقفي أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول في كل
من وجهي الجواب نظر اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان يحتمل قوله وأن تجمعوا على النكاح
يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطناً ملك اليمين أيضاً دلالة لوجوب المعنى المحرم فيه أيضاً وهو قطعة الرحم
ليكنه ليس بنام اذ قد تقرر في اصول الفقهاء عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض
والظاهر أن افادة عموم قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطناً بالعبارة ولا
أقل من أن يكون بالإشارة فيلزم أن يتركب أدلة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطناً على مقتضى
وهو بشرة أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشرة يوماً وهي نصف الشهر (قوله وأصل هذا أن
الجمع بين الاختين المملوكتين) لا يجوز وطناً لا طلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض
بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمعبرم كان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي
الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتها
آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح المحرم لانه ان كان
المراد بالجمع بينهما وطناً فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحاً فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة
الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطناً فخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطاً لتغليب الحرمة
على الاباحية فان قيل الاصل في الدلائل الجمع وأمكن ههنا بان يحتمل قوله تعالى وأن تجمعوا على النكاح

وطئهما ولو وطئهما اقليل له أن يجامع احدهما ولا أن ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة أو نظرا إلى فرجهما بشهوة فلبينا الآن تلك فرج الاخرى غيره ذلك أو نكاح أو يعتقها لانه لما حرم علمه فرجهما لم يبق جامعاً وقوله ذلك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بعباً وغيره وتعليك الشقص فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به وكذا اعتناق البعض من احدهما كاعتناق كلها وكذلك الكتابة كالاتفاق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كما ويرهن احدهما واياهما وتديرها لتحل الاخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما اذا زوج احدهما نكاحاً فاسداً لا يباح

قاعدة الاصول وأما في الوجه الثاني فلان جاء به ان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم من قبل العام الذي خص منه البعض فصار ظنياً يمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يلزم ان يعارض ما هو عليه بخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعياً لكنه ليس بتمام ايضاً فقد تقرر في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنياً اذا كان المخصص موصولاً وأما اذا كان مفصلاً متاخراً فالخاص اذ ذلك يكون ناسخاً للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعياً بلا شبهة والظاهر ان شخص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنياً في الباقي بل كان قطعياً كالمحرم للجمع فلم يظهر الرخاء من ذلك الوجه حتى لا يلزم له ما روضة فتأمل (قوله وقوله ذلك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بعباً وغيره) قال حب العناية قوله فينتظم التملك بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالنساء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى أقول في بعض تشيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعدموت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله ذلك فإنه لا يجماع واحدة منهما ولا يقبله ولا يعتقها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى ذلك فرج الاخرى غيره ذلك أو نكاح فان شيا من الجماع والميس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التملك ايضاً على حقيقة غير متصور في الارث وأما في الكتابة فلانها لحقة بالاتفاق كما يصح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخل في قوله حتى ذلك فرج الاخرى غيره ذلك اذ المراد بالملك هنا ملك اليدين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تملك الفرع غير ملك عين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً وقوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كما قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاتفاق رائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب اذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي هنا رائدة أي مستندة كلاً أنما رائدة كزيادة بعض الحروف الخمسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية للدخل لا التوجيه فإذ كره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يدفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكذا ككون اعتناق البعض من احدهما كاعتناق الكل الكتابة كالاتفاق أي كالاتفاق الكل فيثبت بصير المقصود من كلمة كذا هي هنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتناق البعض من احدهما كاعتناق كلها هو التشبيه ايضاً بما قبله فكانه قالوا ايضاً الكتابة كالاتفاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما مرشد ليه قوله لتبوت حرمة الوطء بذلك كما فتدبر (قوله ويرهن احدهما واياهما وتديرها لتحل الاخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر

نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وما فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح قوله (وكذا الكتابة كالاتفاق) كلمة كذا رائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد المحرم ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى وأجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الاخرى

وقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليدين قلنا المعنى الذي حرم الجمع بين الاثنين نكاحاً وجداً ههنا وهو قطعة الرحم فيثبت الحكم هنا ايضاً ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم بخصوص بالايجاع فان أمه وأختها من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا تعارض ما ليس بخصوص وهو المحرم للجمع (قوله وكذا الكتابة كالاتفاق في هذا) أي في أنه يحل وطء الاخرى وفي الملبوط هذا الجواب في الكتابة متشكك لانها بالكتابة

وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل المخ) واضح وعن عطاه أن ابن عباس رضي الله عنه - سئل عن المعانقة فقال أول من عاتق إبراهيم الخليل صلوات الله عليه كان بمكة فاقبل إليها ذو القرنين فلما كان بالابطح (٤٨٥) قيل له في هذه البلد إبراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين

ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فقل ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عاتق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في أزار واحد فانه سبب يقضي إليها فالما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه نية أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يده غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقبل له في ذلك فقال لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطعمون مني ذلك وإنما يطعمون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يضررون بترك القيام

له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فبانه يجب العدة عليه والعدة كانه كاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احدها ما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعاً لوطء الاخرى لا لوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما كاحافيم اذ كراهه بمنزلة الاخنتين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عاتق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وإلهاماً لروى أن النبي عليه السلام نهى عن المسكامة وهي المعانقة وعن المسكامة وهي التقبيل وما رواه محمود على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في إرار واحد أما إذا كان عليه نية أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

في التعليل هنا أن يقول لانه لا تثبت به حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجهما عن ملكه لا يقتضي أن لا يحل له الاخرى ألا ترى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كمن يقر في كتاب المكتوب ومصرح به الشراح أيضا هنا في ما قبل مع أنه إذا كتب احدها ما حل له الاخرى كما سألنا في المثلث في قوله لا تخرج بهما عن ملكه على ملك الوطء كمن فعله بعض المتأخرين تعسف لا ينبغي اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لانه لا يملك الوطء وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله وإلهاماً لروى أنه عليه السلام نهى عن المسكامة وهي المعانقة وعن المسكامة وهي التقبيل) قال في غاية البيان وتفسير المسكامة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في دنوان الادب وغيره كأمع امر أنه ضاحجهما وكأمع المرأة قباها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسكامة والمسكامة أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستبرئهما إلى هنا فطغاية البيان وقال العيني بعد ذلك ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالباً ولا يضاحج أحد غيره الا والغالب أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المسكامة هي المعانقة في الغالب وإنما الذي يلزم منه أن يلزم المسكامة والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالآخر ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يقدح هنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المسكامة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالانحصار ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المسكامة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وقسمها المصنف بالمعانقة مع أن المسكامة هي المضاجعة في دنوان الادب وغيره كأمع امر أنه ضاحجهما بناء على أن الكلام في المعانقة والظاهر أن ما نهى عن المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لعل ذلك الوجه على أن المسكامة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كأمع مضاجعته في ثوب واحد إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدم أن كلامه مجروح أما قوله بناء على أن

لا تخرج عن ذلك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى ولكن قال مالك المولى يزول بالكتابة وله هذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطؤها إياها في غير ملكه حتى لا ينقل عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيجعل له أن يطأ الاخرى (قوله ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان رحمه الله قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يده غيره لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد رحمه الله هو المختار وما فعله الجهل من تقبيل يده نفسه

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في إرار واحد أو كان عليه جبهه أو نية فببين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

* (فصل في البيع) * قال (ولاباس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فثابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولأنه منتفع به لأنه يلقى في الاراضي لاستسكان الربع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه لا يتقعر بهم الا لملوطة ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت نه لطفته النجاسة

الكلام في المعانقة تعليل لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بغير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لدعاه وأما قوله والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فنوع اذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التفصيل عنديان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل أطلقوها قال الزنجشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته ياباه لاسترة بينهما اه وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاسترة بينهما اه وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكامعة والمكامعة أي عن ملائمة الرجل الرجل لاسترة بينهما ومضاجعته ياباه لاسترة بينهما اه ومن دريد وغيرهما وهكذا حكمه الأزهرى والجوهري اه وأما قوله لعدم الخلاف في بابحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فمنوع أيضا فلا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاسترة بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول بابحة الاولى من لا يقول بابحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاد عاينى لقاء وس فليس بجديد أصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا أن معناها ليس عين معنى المعانقة فلا مساو له في التحقق لا تفكك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما رفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن أين يحصل الرد عليه بما ذكر ذلك لائق ولعمري ان مفسد قوله التأميل مما يضيئ عن الاحاطة به نطاع البيان والله سبحانه وتعالى المستعان

* (فصل في البيع) * قال الشراح أخو فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل بيدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم اه أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم لأنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق

إذا اتي غيره فهو مكره فلا رخصة فيه وما يفعلون من تعجيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراعي به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يكفر بهذا الجود لأنه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الأئمة الصرخسي رحمه الله العجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وأما القيام لتعظيم الغير فعن الشيخ أبي القاسم الحسكي أنه كان اذا دخل أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم لا فقراء وطبقة العلم فقل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرر واو لا يطعم الفقراء وطلبة لعلم مني ذلك وانما يطعمون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يضررون بترك القيام والله أعلم بالصواب

* (فصل في البيع) *

(قوله ولا باس ببيع السرقين) روى أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه كان يعر أرضه بنفسه ويقول مكبل غير مكبل عر الارض اذا أصحها بالعره وهي السرقين (قوله ويكره بيع العذرة) وهو رجميع الآدمي قال الشيخ أبو منصور رحمه الله كل ما انفصل من الآدمي لا يجوز الانتفاع به نحو الطفر والشعر والعذرة وما انفصل من غير الآدمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به (قوله لا بغير المخلوط في الصحيح) وعن أبي

* (فصل في البيع) * آخر
فصل البيع عن فصل الاكل
والشرب والمس والوطء
لان أثر تلك الافعال متصل
بيدن الانسان وهذا لاوما
كان أكثر اتصالا كان أحق
بالتقديم قال (ولاباس ببيع
السرقين) كلامه واضح
وقوله (في الصحيح) احتراز
عن الرواية الاخرى وهي ان
الانتفاع بالعذرة الخالصة
* (فصل في البيع) *

يجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حراً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة (٤٨٧) وقوله (لما صر من قبل) يعني

في فصل إلا كل والشرب في قوله ومن أرسل أجبره مجوسياً وهذا لا يخبر الواحد في المعاملات مقبول

من غير شرط العدالة دفعاً للعرج وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لم يرو عنه ولو جاهدته اه وافتى أثره العيني وقد سبقه ما إلى ما خذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لأنه يجوز أن يكون فاسقاً صادق القول لا يكذب لمرده اه أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلان المصنف لم يفته مر على قوله وهذا إذا كان ثقة بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأي أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأي أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشي من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان الاستغناء من قوله على أي وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأي أنه صادق إذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقتين لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا غرض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان ممن يعتمد على كلامه أعمن العدل ولا شك أن عدم لزوم الخاص لشي لا يقتضي عدم لزوم الأعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلاً وقوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا إذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققت آتفاً ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا إذا كان المخبر عدلاً وان كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريده أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً نظرياً فان كان أكبر رأي أنه صادق إلى آخر كلامه فانه ذكر عدلاً موضع ثقتهم غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمتوسط وحيث قال يريده أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل يقول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتم عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيراً ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلاً كان أو غير عدل صيباً كان أو بالغافراً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً رجلاً كان أو امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً جاز أن يعتمد على قوله إذا كان وجهياً في الناس ذا مروءة لانه لا يميل إلى حظام الدنيا ولا يجهل ولا يكذب لروءته فلا منافاة بين

قال (ومن علم بحجارة أنهم الرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكفى صاحباً يبيعها فانه يسعه أن يبتاعها ويطاها) لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان الماسر من قبل وكذا إذا قال اشترى ثيابه أو وهبها لي أو تصدق بها لي لما قلنا وهذا إذا كان ثقة

بالقديم اذ في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضاً لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالاً بدين الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً جاز أن لا يكذب الفاسق لروءته ولو جاهدته اه وافتى أثره العيني وقد سبقه ما إلى ما خذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لأنه يجوز أن يكون فاسقاً صادق القول لا يكذب لمرده اه أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلان المصنف لم يفته مر على قوله وهذا إذا كان ثقة بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأي أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأي أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشي من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان الاستغناء من قوله على أي وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأي أنه صادق إذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقتين لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا غرض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان ممن يعتمد على كلامه أعمن العدل ولا شك أن عدم لزوم الخاص لشي لا يقتضي عدم لزوم الأعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلاً وقوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا إذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققت آتفاً ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا إذا كان المخبر عدلاً وان كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريده أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً نظرياً فان كان أكبر رأي أنه صادق إلى آخر كلامه فانه ذكر عدلاً موضع ثقتهم غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمتوسط وحيث قال يريده أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل يقول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتم عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيراً ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلاً كان أو غير عدل صيباً كان أو بالغافراً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً رجلاً كان أو امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً جاز أن يعتمد على قوله إذا كان وجهياً في الناس ذا مروءة لانه لا يميل إلى حظام الدنيا ولا يجهل ولا يكذب لروءته فلا منافاة بين

حذيفة نرجه الله انه لا باس بالانتفاع بالعدوة الخاصة (غوله لانه أخبر بخبر صحيح) أي صادر عن عقل وتميز (قوله على أي وصف كان) أي بعد ان كان شيراً عاقلاً سواء كان حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة (قوله لما صر من قبل) أي في فصل إلا كل والشرب في ومن أرسل أجبره مجوسياً وتأويل قوله بعد هذا وهذا إذا كان ثقة يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لأنه يجوز أن يكون فاسقاً صادق القول

(قوله فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى إلى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين البيانات فان خبر انفاق يقبل فيها أيضاً با أكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في البيانات با أكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث بشرط التحري (قوله أجيب بان معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عداله المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مروا ن كان
أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشي من ذلك

عدم اشتراط العداله كدال عليه قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان
ثقة لان الثاني أعم من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
قوله وكفى صاحبها يبيعها الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به
بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الآن قبوله يكون مع ضمنية التحري الموافق الى هنا كما أنه أقول فيه فساد من
وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله وكذا اذا كان غير
ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني أن قوله وبين اشتراط
كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف وهذا اذا كان ثقة إنما يكون
تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان
غير ثقة كان كلامه صريحا بعدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام
فاسد المعنى لان معناه لو سلم المناقاة بين عدم اشتراط العداله وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك
أن تسليم المناقاة يناقض القول بعدم المناقاة فكان مضمون كلامه المزبور جعابين النقيضين اللهم الآن
يكون قوله ولو سلم ناظر الى قوله لان الثاني أعم من الاول الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العداله الخ
فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في
سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكفى صاحبها الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطالان لان المصنف
وغيره علوا كونه في سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان
ذلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام
تحقق الخاص وان خامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكفى صاحبها الى
قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان
ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير اليه باللفظ هذا في المعطوف عليه
فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا حرج
أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى
قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير
ثقة أيضا يكون قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد
مقبول على أي وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك لبعض في هذا
المقام برمته خارج عن جميع الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه
صادق لان عداله المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مروا) قالت تعليقه بقوله لان عداله المخبر في المعاملات

لا يكذب البتة لمروته (قوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض لشي من ذلك) لان أكبر
الرأي كالتيقن قال عليه السلام لو ابصرت مبعوض يدك على صدرك واستفت قلبك فإحاط في صدرك
قدعه وان أفتاك الناس به وقال محمد رحمه الله في الأمر وأكبر الرأي يجوز للعمل فيها وأكبر من هذا
كالقروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أن امرأته وسعه أن يعتمد
خبره اذا كان ثقة عنده أو كان في أكبر رأيه أنه صادق فيغشاها وكذلك لو دخل رجل على غيره يلاوه وشاهر
سيفه مادمحه يشد نحو فان صاحب المنزل يحكم رأيه فان كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وخاف
أنه ان صاحبه يبادره بالضرب فلا بأس بان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل أن يغشى هو به وان كان

لأن أكبر الرأى مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم أنهم الغلات ولكن أخبره صاحب اليد أنهم الغلات وأنه وكلمه
بيدها أو اشتراها منه والخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن أخباره حجة في حقه وإن لم يخبره
صاحب اليد بشئ فإن كان عرفها لأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى مالك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه

غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل والثقة العدل كأنه ما عليه من قبل إذا كان مراده
بالثقة من يعتمد على كلامه وإن كان فاسداً وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كأنه ما جاعته من الشراح على
ما مر أصح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر رأى أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات
غير لازمة فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالة المخبر لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كإلا يخفى بقى
في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في
قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية
أنهم فرقا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقاً ولا يقبل في الديانات قول
الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفاً لما مر هناك لأن
ما اعتبره في الديانات دون المعاملات قد اعتبره في المعاملات أيضاً وقد تنبه بعض الفضلاء لور ود هذا
الاشكال فذكر أجاب عما حجت قال مرد على المصنف أنه إذا كان قول خبره متوقفاً على
حصول أكبر رأى لا يبيح فرق بين المعاملات والديانات فإن خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضاً كبر الرأى
على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر رأى إذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه
حيث لا يشترط التحري فتأمل اهـ أقول جوابه ليس بشئ فإن أكبر رأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحري
إذا التحري طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فلم يطلب ذلك ولم يتوجه
إليه كيف يتصور حصول أكبر رأى فلامعنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر رأى
فيه وإنما اعتبار أكبر رأى فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط
البرهانى بلفظ التحري بدل أكبر رأى حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسداً فلا تثبت بإباحة
المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحري في ذلك فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وإن وقع تحريه على
أنه كاذب لا يحل له أن يشتره بهامنه وإن لم يكن له رأى يبنى ما كان على ما كان كفى الديانات اهـ ثم أقول
الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجلى على غيره أيضاً وعن هذا قال المحقق النجاشي في التلويح
ذكر نفي السلام في موضع من كتابه أن أخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع
آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في
التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه بما ذكره في الجامع الصغير فيشرط
التحري ويجوز أن يشترط استحضارنا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان اهـ وقد ذكرت
فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينها هو الترجيح
الثاني لأنه هو الجامع لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات إذ لا رخصة في الديانات بدون التحري
والآن أيضاً أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره (قوله
لأن أكبر رأى مقام اليقين) قال صاحب العناية يعني فيها هو أنظم من هذا كالفرج والدماء
الآرى أن من تزوج امرأة فادخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان
أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهر أسيفه فادخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يقتله إذا كان أكبر
أكبر رأيه أنه هارب منصوص لا ينبغي له أن يجعل يقتله وإن قتله ورأيه أنه لص ثم تبين أنه رجل صالح
القياس أن يقتل وفي الاستحسان عليه الدية وهي مسئلة كتاب الأكرام فاعلم بهذا أن فيها هو أهم الأمور
وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها بأكبر رأى عند الحاجة مع أن الغلط إذا وقع لا يمكن نكاره وفيما دون
ذلك أولى

وقوله (لأن أكبر رأى يقوم
مقام اليقين) يعني فيها
هو أعلم من هذا كالفرج
والدماء الآرى أن من تزوج
امرأة فادخلها عليه إنسان
وأخبره أنها امرأته وسعه
أن يطأها إذا كان ثقة
عنده أو كان أكبر رأيه أنه
صادق وكذا إذا دخل رجل
على غيره ليلاً شاهر أسيفه
فادخلها عليه إنسان وأخبره
أنها امرأته وسعه أن يقتله
إذا كان أكبر رأيه أنه هارب
من لص لم يجعل بذلك

وقوله (الآن يكون مثله لآءك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئا أو كلب في يد جاهل لم يكن في آباءه من هو أهل لذلك فينتدب بسببه أن ينتزعه وقوله (وان كان الذي آناه (٤٩٠) بها) أي بالجارية لأن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنه أم الغلان فرأى آخر

وان كان لا يعرف ذلك أنه أن يشتر بها وان كان ذوا اليد فآهالان يد الغاسق دليل الملك في حق الغاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبرا كبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الآن يكون مثله لآءك مثل ذلك فينتدب يستحب له أن ينتزعه ومع ذلك لو اشتراها ربحي أن يكون في سعة من ذلك لا عثماده الدليل النسرعي وان كان الذي آناه بها عبدا أو أمته لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فبعل أن الملك ذم الغنيرة فان أخبره أن مولاه إذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها العائيب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير تفتوا نأها بكاتب من زوجها بالعلاق ولا تدري أنه كلب أم لا الآن أكبر رأيها أنه حق) يعني بعد التحري (فلا باس بان تعد ثم تزوج لان القاطع طارئي ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل لي ثم طلقني وانقضت عدتي

رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيها أنه هارب من امر لم يجعل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتخرين حيث قال قوله لان أكبر الراي بقاء مقام اليقين أي في كثير من الاحكام حتى يجب به شيء كالتوجه الى جهة التحري ويحرم به شيء كالمصلا اذ توضأ بماء أخضر بنجاسته غير ثقة وأكبر رأيها أنه صادق فيجعل أكبر الراي دليلا شرعيا أيضا فبما نحن فيه بل فيها هو أعظم منه كالغروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله بقاء مقام اليقين يعني فيها هو أعظم كالغروج والدماء فقد سها انتهى أي أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور ومسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل له ما أوفى فاب فيه انتهى عن الضرب بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك الغافل في شأن الامام الرباني بمجده وجه الله تعالى فانه أيضا قال في الاصل في هذا التمام وأكبر الراي في جعل العمل فيها هو أكبر من هذا كالغروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان وأخبره أنم امرأته لمخ كإنقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ما أخذنا قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فاعلم بهذا ان فيها هو أهم الامور وهو الدماء والغروج جاز العمل با أكبر الراي عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففهمادون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئي والانداء الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر لو احدث في افساد النكاح بعد العصمة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب

(قوله لان يد الغاسق دليل الملك في حق الغاسق والعدل) أي في حق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والغاسق والعدل في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن رآه في يده أن يشهده بالملك ولم يعارضه معارض ولا معتبرا كبر الراي عند وجود دليل الظاهر الآن يكون مثله لآءك مثل ذلك فينتدب يستحب له أن ينتزعه وذلك كدرة مثلا في يد فقير لا يملك شيئا أو رأي كتابا في يد جاهل ولم يكن في آباءه من هو أهل لذلك فيغلن كل واحد أنه سارق لذلك العين فكان المنتزعه عن شرائه أفضل (قوله وان كان الذي آناه بها) أي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها أم الغلان فرأى آخر يبيعها (قوله لم يقبلها) أي اذا تركها عنده أو وهبها منه (قوله لقيام الحاجر) بالراء المهمة أي المانع لان المملوك ليس بمطلق للتصرف (قوله ولو ان امرأة أخبرها ثقة) الى قوله فلا باس بان تعد وتزوج هذا في الاخبار وأما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة لانهم قضاء على الغائب وفي التهمة اذا شهدا ثنان أن فلان بن فلان طلق امرأته والزوجة غائبة لا تقبل وان شهدا عند المرأة حل لها أن تعد وتزوج بزوج آخر وكذا اذا شهد عند هارجل عدل ووقع في قلبه أنه صادق (قوله لان القاطع) أي للزوجة طار ولا منازع بخلاف

يبيعها يعني أن الآتي بالجارية اذا كان عبدا أو أمه وقال لا تسروها منها منك أو بعتها منك فليس لا تسر أن يقبلها منه ولا أن يشتر بها منه حتى يسأل عن ذلك لان المانع للملك وهو الرق معلوم فيه فإلم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهمة أي المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للحضرة به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام أكبر رأي المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الغروج عليه وقوله (لان القاطع طارئي) فيه والانداء الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد العصمة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وممكنه فيها ليس كذلك بل باستصحاب

(قال المصنف وان كان الذي آناه بها عبدا لمخ) أقول قوله عبدا حبر كل من رآه بها صلة للذي والهاله في آناه مفعول وهو الشخص الذي أقدم على الشراء من العبد الذي أتى بالجارية أو من الجارية التي أتى بالجارية يتوالى بها في آباءه التعدي

فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها
بغير أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مردا أو أناها من الرضاة لم يقبل قوله حتى
يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره بغير أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاة لم
يتزوج باختها أو أربيع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بقساد مقارن والاقدام على العقد يدل على
صحته وإنكار فساد فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكحة صغيرة فآخبر الزوج أنها الرضاة
من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيلان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع
فافترا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في بذر رجل يدعى أمه فلما
كبرت أعتقها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسمع أن يتزوجها القاطع المأزوع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم قال (وإذا باع المسلم خيرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع
نصرانيا فلا باس به) والفرق أن البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فيبقى
الثمن على مالك المشتري فلا يحل أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي
فلكه البائع فيحل الأخذ منه قال (ويكره الاحتكار في أوقات الأكرمين واليهائم إذا كان ذلك في بلد يضر
الاحتكار بأهله وكذلك الثاني فاما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل في قوله عليه السلام الجالب مرزوق
والمتكرملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره إذا
كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بان كان المصركبير لانه حابس ملكه من غير
اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان
قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادرهم ويخصيص
الاحتكار بالاقوات كالخنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل
ما أضر بالعمامة حبسه فهو احتكار

عدم القبول وهو أن المالك للزوج فيها ثابت والمالك الثابت لا يغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بان ذلك إذا كان
ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيه في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من
استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشرع وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب
فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرم من باب البيانات فقبل قول الواحد فيهما إذا لم
يتضمن الحرمة زوال المالك كما إذا أخبر واحد عدل بحل شعام فيؤكل أو حرمة فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي المالك
وأما إذا تضمنت زوال المالك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهم ارتضعا من فلانة لان
الحرمة المؤبد لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول ببحثه ساقط
جد الان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد عدل يقبل في باب الحل والحرم إذا لم يتضمن

ماذا أخبره أن أصل النكاح كان فاسدا وأخواته لان المقدم مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته
وإنكار فساد فثبت المنازع بالظاهر فالخامس انما قبل خبر الواحد في موضع المنازعة لاحتجائنا بالالزام
وقبلناه في موضع المسألة لعدمه (قوله وعلى هذا الحرف يدور الفرق) هو أن الفاسد إذا كان طار ثابت بخبر
الواحد العدل وإن كان مقارنا فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان (قوله بخلاف ما تقدم) أراد قوله لو قالت
جارية كنت أمة فلان فاعتقني (قوله ويكره الاحتكار) وهو حبس الطعام المشتري من فسطاط
المسلمين أي مذههم تر بصا الغلاء (قوله والمتكرملعون) قيل الامن على نوعين أحدهما الطرد من رحمة
الله تعالى وذلك لا يكون إلا لكافر والثاني الإبعاد عن درجة البرار ومقام الصالحين وهو المراد ههنا لان
عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب كبيرة (قوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين) أي
سواء أضر بأهل البلد أو لم يضر لانه بتلبس السمر غادرهم (قوله وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالخنطة
والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله) وهو قول محمد رحمه الله أيضا وعليه الفتوى (قوله

الحال وخبر الواحد أقوى
منه الباقي واضح قال (وإذا
باع المسلم خيرا الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد رحمه
الله أنه قال هذا إذا كان
القضاء والاقتضاء بالتراضي
فإن كان بقضاء القاضي
بان قضى عليه به هذا الثمن
غير عالم بكونه من الخمر طاب
له ذلك بقضائه وقوله
(ويكره الاحتكار)
الاحتكار افعال من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الاقوات متر بصا الغلاء وقوله
(فان لبس فهو مكروه في
الوجهين) يعني في الاضرار
وعدمه

وان كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب قال أبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكاراً مكرهاً والتحقيق الضرر ثم قيل هل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه السلام من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لأن مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتر بص العزة وبين أن يتر بص القمح والعياذ بالله وقيل المدة المعاقبة في الدنيا أما ياتهم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محدودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أنه لا يزوع فكذلك أنه لا يبيع وأما الثاني فالمد كقول أبي حنيفة لأن حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى قناتها وقال أبو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة قنائه المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيداً لم تجر العادة بالحل من الى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مائتين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما مضى عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى من حاله ودفعه للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بتسريع فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدي رجل عن ذلك وباع ما كثر منه أجازاه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الجرع على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الجرع على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بمائة قدره الامام مع لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المدون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الجرع لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسيب الى المعصية وقد يذاه في السيرة وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالاشتراك

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً) بأن يبيعوا قهراً بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الجرع لدفع ضرر عام) يعني كالمطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله

زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بتغير الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فقبل فنشأ الاعتراض ههنا انظر الى ظاهر اجمال ما ذكره هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لاثبات أصلاً بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلاً للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جواباً شافياً قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالاشتراك) قال بعض المتأخرين

وبرئ الله تعالى منه) أي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة (قوله فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محدودة) هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتر بص الغلاء وقصد الاضرار بالناس أما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو ومجود لان الكاسب صديق الله (قوله الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مائتين) والبيان في قوله ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً بان يبيعوا نصف ما يبيع به كما اذا باهوا قهراً بمائتين وهو يشتري بخمسين (قوله فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره) وفي الجامع الصغیر فان رفع اليه مرة أخرى وعظه وحزره فان رفع اليه مرة ثالثة فحينئذ حبسه (قوله وكذا عندهما لانه يجرع على قوم بمجهولين) فلا يصح إلا أن يكون على قوم بأعيانهم

قال (ولباس يبيع العيص من يعلم أنه يخذله خرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر يده اليخذله يبيث نارا أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره له شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد ذلك لا تسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نيت عنه وانما عقده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمر والخنزير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل لثمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حل لذى خرافانه يطيبه الاجرة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرة حاملها والمحمول اليه لانه اعانة على المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصده والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمل لا ضعيفا لا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة تنوع كيف واما مور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطع ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها راجحا للمسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه لشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت وهذا يجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبتها عنه) أقول يقتض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة ان أهل متعددة قد كور في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استاجر الذي من المسلم ببيعة يلبس فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه

(قوله ومن حل لذى خرافانه يطيبه الاجرة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية) قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب لان الحمل قد يوجد لا رافقة والعقب في الحمل لا يتخلل فلم تكن المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم توجب كراهة الحمل فصار كالأستاجر له صر العنب أو لقطعه وهذا قياس وقوله ما استحسن (قوله ولا يقصد به) أي لا يقصد الحمل بل الشرب الذي بل مقصوده تحصيل الاجرة وقال محمد رحمه الله في الاصل لو أجر المسلم دارا من ذمى ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عذب فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم بشيء من ذلك لان المعصية في قصد المستاجر دون رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رحمه الله في باب الاجارة الفاسدة وهو من باع جارية بمن لا يستبرأها أو يات بها في غير المأني لم يلحق البائع اثم بشيء من فعل المشتري وكذا قال فحين باع غلاما من فاسق يقصد الفاحشة به ولو كان مستأجر الدار مسلما فظهر منه فسق في الدار وكان يجمع الثامن على الشرب فيها منه سرب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرج منه مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من ذلك أو أبتا و كان باعه الدار كان يفسخ البيع عما ظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذلك الاجارة كذا ذكره في الاسلام والمحجوز

(وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية)

قال (ولباس يبيع بناء بيت مكة ويكره يبيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها لو كانت لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا تنحازة محترمة لأنها إفناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا يفرس صيدها ولا يخطئ خلها ولا يعقد شوكتها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارته أيضا لقوله عليه السلام من أجزأ أرض مكة فكنتمأ كل الربا ولأن أراضى مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند عبد قال ياخذ منه ماشاء يكره ذلك) لأنه ملكه قرضه نفعها وهو أن ياخذ منه ماشاء حالا فلا يؤخذ من رسول الله عليه السلام عن قرضه نفعها وينبغي أن يستودعه ثم ياخذ منه ماشاء جزأ جزأ لأنه وديعته وليس بقرض حتى لو هلك لشيء على الاستدوانة أعلم

فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الحرف فالأمر بين الحينئذ لا يتحقق النفاق بينهما وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم أنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الحرف أيضا معصية لاذم فلا يبر فيه لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهه هو مويلها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها لو كانت لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في السكاني بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للملك والملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيره ما روى الطحاوي في شرح الاستمارة بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أو دور وكان عقيل ورث أباطيل بوطالب ولم يرثه جعفر ولا على لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تثلك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فها من ربيع ودور انتهى ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في السكاني وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الابنية دون الأراضى ألا ترى إلى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الأراضى موقوفة والابنية عليها لم لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضا قطعا لأنه قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من ربيع أو دور والرباع جمع ربيع وهو ولد أربعينها حيث كانت والمحلة والمثل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلام المداور والمحلة والمثل اسم لما يشتمل البناء والعرصة التي هي الأرض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أو دور ما ترك لنا شيئا من البناء والأرض وإذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالأرض من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الاستمارة دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الأرض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال أصلا لأن يكون كذلك إذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول

(قوله وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا) وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها لو كانت لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها لتوارث بيعها وقسمتها في الموارث من الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير تمييز بين يده ما روى أن عليا رضي الله عنه لما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى النزول في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها بما ملكها فدل على أن عقار مكة عرضة للملك (قوله ومن وضع درهما عند عبد قال ياخذ منه ماشاء يكره ذلك لأنه ملكه قرضا) ومعنى المسألة أن رجلا فقيرا له درهم يخاف لو كان في يده يهلك أو

وقوله (ومن وضع درهما عند عبد قال ياخذ منه ماشاء) واضح ولا يمكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند اللو دبة فلا فرق حينئذ بين صور اللو دبة والقرض ويجوز أن يجعل قوله ياخذ منه ماشاء خارجا عن جرح الشرط بمعنى وضعه بشرط أن ياخذ منه ماشاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا

* (مسائل متفرقة) *

قال (و) يحسب كره التعشير والنقطة في المصنف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن وبروي جردوا المصاحف وفي التعشير والنقطة ترك الخبر يدلون التعشير يحل بحفظ الآي والنقطة يحفظ الاعراب انكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للجم من دلالة فترك ذلك انحلال بالحفظ وجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بقولية المصنف) لما فيه من تعظيم وصار كتنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل النعمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخالص عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه عنها والخب يجب المسجد وهذا يخرج مالك

* (مسائل متفرقة) *

التعشير جعل العواشرفي المصنف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقبل المراد نقطة المصاحف فيكون دليلا على صكره نقطة المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حش على أن لا يعلم من من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراء من الصلاة

أسامة يا رسول الله انزل في داوكة بكعة فان عدم ترك عقيل يتأباسة لانه على الابنية وحده لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عمر متداره أو غاوهذا مع وضوحه كيف شفي على ذلك البعض والعجب أنه قال في حاشية كتبه في هذا المقام الرابع جمع ربيع وهو الدار بينهما والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتبه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لان شمال جيران الأرض على الابنية دون الأراضي ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباح أو دور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسي ونعم الوكيل

* (مسائل متفرقة) *

(قوله ولا بأس بقولية المصنف لما فيه من تعظيم وصار كتنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعني في فصل القراء من الصلاة وقد سبق صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراء من الصلاة لأمر بمحاولة التزاما بل انما ذكره في آخر باب ما يغسد الصلاة وما يكره فيها من كتب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الصلاة يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعي الشافعي خصص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحكم في الشيء أو حصر الشيء في الحكم كقولنا انما الطيب زيد وانما زيد طيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحكم في الشيء أو حصر الشيء في الحكم ليس بكلامه فيسده ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا في أنهم نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لافي قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتاثير الحصر الذي تقيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لافي الجملة الاخرى فلا يتم القريب (قوله ولان الكافر لا يخالص عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه عنها والخب يجب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل دليلا على مذهبنا وانما كان مناسب للمذهب مالك كما

يصرف الى حاجة لكن حاجته الى المعاملة مع البقال أس من غيرها كإشراء التوابل الملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشتري بها ما صحت له من الحاجة كل ساعة فعلى الدرهم البقال لان يأخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزئيا حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى أن يكون قرضه جزئيا به جزئيا وهو مكروه وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزئيا به جزئيا ولا بدعة وليس بقرض حتى لو هلك لاشئ على الاستخفاف أعلم بالصواب

* (مسائل متفرقة) *

والتعليل بالتجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وقد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية مجمولة على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفتين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصبان) لان الرغبة في استخدامهم حدث الناس على هذا الصنيع وهو مثله تحرمة قال (ولا بأس بخصاء البهائم وانزاع الجير على الخليل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صرح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فحش يابه قال (ولا بأس بعبادة اليهودي والنصراني) لانه نوع عرفي حقهم وما نهين عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مريض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد

لا ينبغي (قوله) ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له في التعبير حذف حرف التعليل ليكون إشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ إذ لا شك في جبر أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لانه لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحسب كما لا ينبغي وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الأرض من أنجاسهم شئ وإنما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما على النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة أفادة للقائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم برد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقرؤا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرفت في علم الأصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية مجمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله) ويكره استخدام الخصبان) قال العيني والخصبان بضم الخاء جمع

(قوله) ويكره التعشير) وهو جعل العوائق في زماننا لا بد للعجم من دلالة فان مشايخنا رجسهم الله لم رواه بإسالة العجم لا يمكنهم التعليم والتلاوة إلا بالنقط وعلى هذا كسبة أسامى السور وعدد الآتى فهو وان كان احدا نافعهم بدعة حسنة وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله (قوله) (جود القرآن) أى ما يكتب فيه القرآن ويؤيده الرواية الثانية (قوله) والتعليل بالتجاسة عام) يعنى على بان المشرك انما يجب عن المسجد الحرام لكونه نجسا فلا تفصيل بين مسجد ومسجد (قوله) فلا يؤدي الى تلويث المسجد) فان قيل الخبث ممنوع عن دخول المسجد الحرام وان لم يؤدي الى التلويث قلنا لان أعضائه نجسة وان حال التجاسة في المسجد لا يجوز أما الكافر فاعضائه طاهرة من التجاسة ولهذا لا يجب عليه الغسل بالاسلام (قوله) وهو مثله تحرمة) قال عمر رضي الله عنه لا تملأوا بنا شاة الله أى يخلق الله ولا بأس بثقب أذن الطفل من البنات ذكره في الخلاصة (قوله) ولا بأس باخصاء البهائم) والصواب بخصاء البهائم (قوله) ولا بأس بعبادة اليهودي والنصراني) قيدهم - الان في عبادة الجوس اختلافا (قوله) النبي عليه السلام عاد يهوديا مريض بجواره) وقاله قل لاله الا الله محمد رسول الله فنظر المزيى الى آية اليهودي فقال له أبوه أجبه فاجله بشهادة ان لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات وقال عليه السلام الحمد لله الذى أنقذه من نسيمة النار وأما عبادة الجوس منهم من قال لا بأس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك لان الجوس أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا تحل ذبيحة الجوس ونكاحهم واختلافوا في عبادة الفاسق أيضا والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعبادة من حقوق المسلمين وفي النوادر جاء يهودي أو مجوسي فتابن له أو قريب ينبغي أن يعز به ويقول أن خلف الله عليك خير منه أو أصلحك فكان معناه أصلحك الله بالاسلام يعنى رزقك الاسلام ورزقك ولا اسلم

وقوله (ولا بأس بعبادة اليهود والنصارى) قيدهم ما لان في عبادة الجوس اختلافا بين المشايخ رجسهم الله فمنهم من قال لا بأس به لانهم من أهل النعم وهو المروى عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة الجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلوا في عبادة الفاسق والاصح أنه لا بأس به لانه مسلم والعبادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

(قال المصنف ولان الكافر لا يخلو عن جنابه) أقول هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف والآية مجمولة على الحضور واستيلاء واستعلاء) أقول أى على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الاسلام مستعلين وأيضا النهى تكويني لا تكليفي

قال (ومن كان في يده لقيط لأبيه الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأبيه ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوجب لها أن تقبض أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابتين من كل وجه من وجه (٤٩٩) الولايتين من وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ثبت

أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره غير الإسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا لا تجارة وقوله (واجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله وفي بعضها واجارة الاطّار وكلامه واضح وقوله (ولا يجوز للملحق أن يؤجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهر أنهم من جملة على الروايتين فالأول على رواية القدوري كإسار والثاني على رواية الجامع الصغير وهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الاطّار كإسار ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك لهم) يعني وإن كان في

قال (ومن كان في يده لقيط لأبيه الخ) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة فمن باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالانكاح والشرع والبيع لا يملكه إلا الولي هو الذي قام مقامه بأمانة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرر وحال الصغار وهو شراء مالا بد للصغير منه ويبيعها واجارة الاطّار وذلك جائز بمن يعوله وينفق عليه كالإخ والعلم والام والملحق إذا كان في حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به لأنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره نوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملحق والإخ والعلم والصبي بنفسه إذا كان يعقل لأن الملائق بالحكمة فتح باب مثله نظر الصبي في ذلك بالعقل والولاية لا يتأخر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملحق أن يؤجره ويجوز للام أن يؤجره إذا كان في حجره ولا يجوز لهم) لأن الام تملك اتلاف منافع

لتعلقه بالحدث فكأن قوله وإن عزه حدث تعلقه بالحدث ظاهر وإن لم يصرح به إلا شيء يصلح لأن يكون علة له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشيخنا جعل المدارك لزوم تعلق عزه بالحدث قال في المحيط وأما باللفظ الأول فإنه يوجب تعلق عزه بالعرش وإن عزه حدث إذ تعلق بالحدث والله تعالى متعلّق عن صفته بالحدث انتهى وقال غير الإسلام في شرح الجامع الصغير وإن كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضاً لأنه يوجب تعلق عزه بالعرش وإن عزه حدث إذ تعلق بالحدث والله تعالى عزّ بزم بزل موصوفاً به ولا يزال موصوفاً به إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أوردته ذلك البعض الظاهر أن ما هو بواعنه هنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحدث إذ قد تقرّر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادته تعالى وقدرته بذلك والحدث انما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا يخفى فكذلك الحال في صفته عزّه تعالى وانما مرادهم بواعنه إيهام تعلق عزه تعالى بالحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأً ومنشأً لعزّه تعالى كما هو منه كاهن في قوله به بعد العز من عرشك إذا ظاهر المتبادر منه في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزّه تعالى ولا في صفته من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا سمّاه أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقه ما تقرّر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلقاً فاضةً ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما الحال تعلق صفاته تعالى بالمحدث تعلقاً استغناءً منه فهو المهرّب عن إيهامه فيما نحن فيه بالأزب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لأبيه الخ) فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة (قال في النهاية) أعلم أن قوله لأبيه

(قوله ومن كان في يده لقيط لأبيه الخ) فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة (في النهاية) أعلم أن قوله لأبيه ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوجب لها أن تقبض أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابتين من كل وجه من وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره غير الإسلام رحمه الله القنية أصل مال للنسل لا لا تجارة (قوله واجارة الصغار) فإن قيل ذكر بعد هذا بخطوط ولا يجوز للملحق أن يؤجره فلما عني قوله واجارة الصغار نسلمهم في الصناعة ولها عدة من نوع الضرورة ولأن فيه روايتين وبعضهم غير والى قوله واجارة الاطّار والأول

(قال المصنف ولا يجوز للملحق أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح وقال آكل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهر أنهم من جملة على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب

إلى لفظ الاطّار كإسار ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وانتهى وقال العلامة السكاكي أو نفون المراء بقوله واجارة الصغار نسلمهم للصناعة حتى يكون من جنس مالا بد لا صغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط (قوله فالأول على رواية القدوري كإسار) أقول في كتاب اللقيط

بحره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب إجازة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) رواية الغلام غل يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه أتى قال في النهاية وأما الداية بالذال فغاط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الأباقي أماني (٥٠٠) زماننا فلا بأس به لغلبة الأباقي خصوصاً في الهند وقوله (يريد به التداوي) احتراز

اعمال وأراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد بإباحته أي بإباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا وعباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء الاوقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اسباب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقهما من غير هز كذا ذكره نحر الاسلام وجهه الله وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذ لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم محتمل أن عبداً لله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال

(قوله فالاول احتراز عما لو

استخدامه ولا كذلك الملقط والم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويرى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتادين الظلمة له عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالنار (ولا يكره أن يقبده) لانه سنة المؤمنين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تخر زاعن إياقه وصيانة لاله قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) لان التداوي مباح بالاجاع وقد ورد بإباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل

ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها وأب فوهبها أن الوفاة قبضت أو قبض لها أو وهبها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة بمن كل وجه من وجهه والولاية ومن وجهه العول والنفقة ومن وجهه العقل والتمييز ثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره نحر الاسلام انتهى وقد أطلعت كلمة سائر الشراح أيضاً على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتساق وعمل ذلك كله بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها وأب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز أن يكون نفعاً محضاً فجاز قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عدها ما ذكره من عند أنفسهم أقول قول السكك ليس بصحيح عندى إذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوجها الصغيرة الهبة لها إذا كانت عنده يعولها لأن عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملقط الهبة أو الصدقة الملقط الذي في يده لتحقيق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلاً بالمسئلة التي استشهدنا بها وأما ما ذهب للصغيرة بجواز قبض زوجها الهبة لها بعد الزفاف فنقول أيضاً أمورها البهالة بخلاف ما قبل الزفاف وذلك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يمكنه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا يتقوى بض الأب مع حضرة الأب لضرورة انتهى فامل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لأب له أي لأب له معروف لأن لا يكون أبوه حياً وهو بيان للواقع فان الملقط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفاً من العيلة أو فراراً من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب الهبة من

أصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المتأخر في لفظ نحر الاسلام البزدوي رحمه الله (قوله ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) أي لا يلزم (قوله ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) بالراء المهملة هي غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها أنه أتى قال في النهاية وأما الداية بالذال فغاط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الأباقي أماني زماننا فلا بأس به لغلبة الأباقي خصوصاً في الهند وقوله (يريد به التداوي) احتراز (قوله ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي) قيد به لانه لو أراد به التسمين لا يباح (قوله وقد ورد بإباحته الحديث) أي بإباحة التداوي وهو ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال تداووا وعباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء الاوقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اسباب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة والله تعالى قادر على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره نحر الاسلام والمحجوب وجهه ما لله تعالى (قوله الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم) وفي التهذيب

المحرم

أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز

الحقنة للهرزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمار المرض فانه يدل على أن المخدرات تلك الرواية ويجوز أن يقال اراد ههنا ارادة مجرد التسمين بلا قصد التداوي وفيما سبق ليس كذلك

المحرم كالحجر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولباس برزق القاضي) لأنه عليه السلام بعث عتاب
ابن أسيد إلى مكة وفرض له وبعث عليا إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوب من الحق المسلمين فتكون نفقته في ماله
وهو مال بيت المال وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر عمال المضاربة وهذا
فيما يكون كفاية فإن كان شرطاً فهو حرام لأنه استجار على الطاعة إذا القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي
إذا كان فقيراً فلا فضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذا الاشتغال بالكسب يعقده
عن إقامته وإن كان غنياً فلا فضل الامتناع على ما قيل وفقاً لبيت المال وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظر المن تولى بعده من المحتاجين لأنه إذا انتقطع زماناً يتعذر إعادته ثم تسميته برزقاً يدل على أنه
يشتر الكفاية وقد جرى الرسم بإعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي

أن قوله لأبيه ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يقولها
ولها أب فزوجها لها أنم الوقبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقبض
الأب وذلك لأن وضع المسئلة في القبط لا في الصغار مطلقاً إلى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فإن
مداره الغنول عاقر وفي طلب القبط من أنه إذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه بخلاف أن يظهر
له أب بعد الالتقاط فبغير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمتع بما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض
الزوج له بقبض الأب فيما إذا كانت صغيرة من زوجها وكانت عند زوجها يقولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب
النهاية بناء على أن وضع المسئلة في القبط لا في الصغار مطلقاً ولا معنى لحل قوله لأبيه في مسئلة الجامع الصغير
على بيان الواقع بأن يكون المراد لأب له معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لأنه إن كان المراد لأب له معروف
حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جداً الاحتياجه إلى التقييد مرتين بصير عبارة اللغوم الكلام
في هذا المقام لا يليق بشأن الإمام الرافعي بحمد ذلك اللهم وإن كان المراد لأب له معروف أصلاً أي لآحين
الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع إذ لا يلزم أن لا يكون الالتقاط كذلك فإنه قد يكون له أب
معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر

يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للندوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاؤه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم
مقامه وإن قال الطبيب يتجمل شفاؤه به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للندوى فيه وجهان
كذا ذكره الإمام الترمذي رحمه الله وذكر في التذخير وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله بأن الاستشفاء
بالحرام حرام فهو غير مجرى على إطلاقه وإن الاستشفاء بالمحرم إنما يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاءً أما إذا علم أن فيه
شفاء وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لم يجعل شفاءكم
فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام
ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال (قوله بعث
عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له) أي فرض أن يعين أوقية في السنة والأوقية بالتشديد
أربعون درهماً وتكلموا الله عليه السلام من أي مال رزقه ولم يكن يومئذ داوود ولا بيت المال
فإن الداوود بن وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل إنما رزقه من الفيء مما أفاء الله وقيل من المال الذي
أخذ من نصارى بنى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان
يأخذ كل يوم درهماً ونحو درهم وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يأخذ كفايته قال الصدر الشهيد رحمه الله
وإن استغنى فنتزعه كان أفضل قال الله تعالى ومن كان غنياً فليستغف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف
والآية وإن كان تزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره
بطريق الحسبة فقدر وى عن عثمان رضي الله عنه أنه احتسب ولم يأخذها كله فيما إذا كان مال بيت المال
حلالاً جمع بحق وأما إذا كان حراماً جاعباً باطل لم يحل أخذه لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس
ذلك بمال عامة المسلمين (قوله وهذا فيما يكون كفاية) يعني إذا أخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية بأن

قال (ولباس برزق القاضي)
الح) إذا قلنا السلطان رجلاً
القضاء لا بأس أن يعينه
رزقاً بطريق الكفاية لأن
بشرط ذلك في ابتداء
التقليد أن النبي عليه الصلاة
والسلام بعث عتاب بن
أسيد رضي الله عنه إلى مكة
وفرض له أربعين أوقية في
السنة والأوقية بالتشديد
أربعون درهماً وتكلموا
في أنه صلى الله عليه وسلم من
أي مال رزقه ولم تكن يومئذ
لداوود ولا بيت المال
فإن الداوود بن وضعت في
زمن عمر رضي الله عنه
فقيل إنما رزقه من الفيء
من المال الذي أخذ من
نصارى بنى نجران ومن الجزية
التي أخذها من مجوس

زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأثور من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة والصحيح أنه يجب الرد قال (ولاباس بأن تسافر الأم وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الأماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأما الولد أمة أقيم المالك فيها وإن امتنع بيعها

الأولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم إلى دعوة الأب كالأب المولود من أمة فالحق عندي أن قوله لأبيه قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضراً فإنه لا يجوز زمن كلف في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة على موجب ما صرح في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتغريض الأب أمورها واليسد دلالة بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا يفتقر إلى قبض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة اهـ إذ لا شك أن الملتقط داخل في كية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

تقليد القضاء ابتداء من غير شرط ثم رزقه الوالي كفاية لاحتسابه بالقضاء عن الكسب أما إذا أخذ على الشرط بان قال في ابتداء القضاء انما أقبل القضاء ان رزقي الوالي كذا في كل شهر أو في كل سنة بمقابلته قضائي بين الناس والا فلا أقبل فهو باطل لأنه استعجار على الطاعة فلا يجوز (قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها) قيل هو على اختلاف معروف يعني لا يجب الرد على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجما لله ويجب الرد على قول محمد وجماعة وقاسوها على نفقة الزوج إذا استجلبت فإن أحدهما قبل مضي السنة لم يرجع عندهما خلافاً لمحمد ورجه الله والصحيح أنه يجب الرد (قوله ولا باس أن تسافر الأم وأم الولد بغير محرم) وفي التهمة كانت هذه الإباحة في الابتداء أما الآن فيكره هولاء أيضاً والله أعلم

هجر وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد ورجه الله يجب رد حصته ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رجحه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوج إذا استجلبت نفقة السنة أن الزوج في نفس السند نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولاباس أن تسافر الأم إلى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك الغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة إلى ما ذكرنا من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كفاي المحارم

* (تم الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لولنا شمس الدين المعروف بقاضي زاده أفندي مع الكفاية ويليه الجزء التاسع أوله كلب أحياء الموان) *

* (فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير لمولانا شمس الدين المعروف بقاضى زاده أفندى) *

صفحة	صفحة
٢٤٣ (كتاب الغصب)	٢ (كتاب الاجارات)
٢٥٩ فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	١٠ باب الاجرة متى يستحق
٢٧٢ فصل ومن غصب عينا فغيرها الخ	٢٢ فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة
٢٨٤ فصل في غصب ما لا يتقوم	الخ
٢٩٣ (كتاب الشفعة)	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
٣٠٧ باب طلب الشفعة والحصول فيها	٢٤ باب الاجارة الفاسدة
٣١٤ فصل في مسائل الاختلاف	٦١ باب ضمان الاجير
٣١٨ فصل فيما يؤخذ به المشفع	٧٠ باب الاجارة على أحد الشرطين
٣٢٢ فصل واذا ابتى المشتري فيها أو غرس الخ	٧٦ باب اجارة العبد
٣٢٦ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب	٨١ باب الاختلاف في الاجارة
٣٣٥ باب ما يطلب به الشفعة	٨٣ باب فسخ الاجارة
٣٤٤ فصل واذا باع دارا لمقدار فزاع منها الخ	٨٨ مسائل متنوعة
٣٤٤ مسائل متفرقة	٩١ (كتاب المكاتب)
٣٤٧ كتاب القسمة	٩٩ فصل في الكتابة الفاسدة
٣٥٧ فصل فيما يقسم وما لا يقسم	١٠٨ باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٣٦٢ فصل في كيفية القسمة	١١٦ فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنته الخ
٣٧٠ باب دعوى الغلط في القسمة الخ	١٢١ فصل واذا ولت المكاتب من المولى الخ
٣٧٣ فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه	١٢٩ باب من يكاتب عن العبد
٣٧٧ فصل في المهايأة	١٣٢ باب كتابة العبد المشترك
٣٨٤ كتاب المزارعة	١٤١ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٣٩١ كتاب المساقاة	١٥٢ (كتاب الولاء)
٤٠٥ كتاب الذبايح	١٦١ فصل في ولاء الموالاة
٤١٧ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	١٦٥ (كتاب الاكراه)
٤٢٣ كتاب الاضحية	١٧٢ فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب
٤٣٩ كتاب الكراهية	الخ
٤٤٠ فصل في الاكل والشرب	١٨٥ (كتاب الحجر)
٤٥٢ فصل في اللبس	١٩١ باب الحجر للقساد
٤٥٩ فصل في الوطء والنظر والامس	٢٠١ فصل في حد البلوغ
٤٧٤ فصل في الاستبراء وغيره	٢٠٢ باب الحجر بسبب الدين
٤٨٦ فصل في البيع	٢١٠ (كتاب المأذون)
٤٩٦ مسائل متفرقة	٢٣٩ فصل واذا أذن ولي المصطفى في التجارة
	الخ

